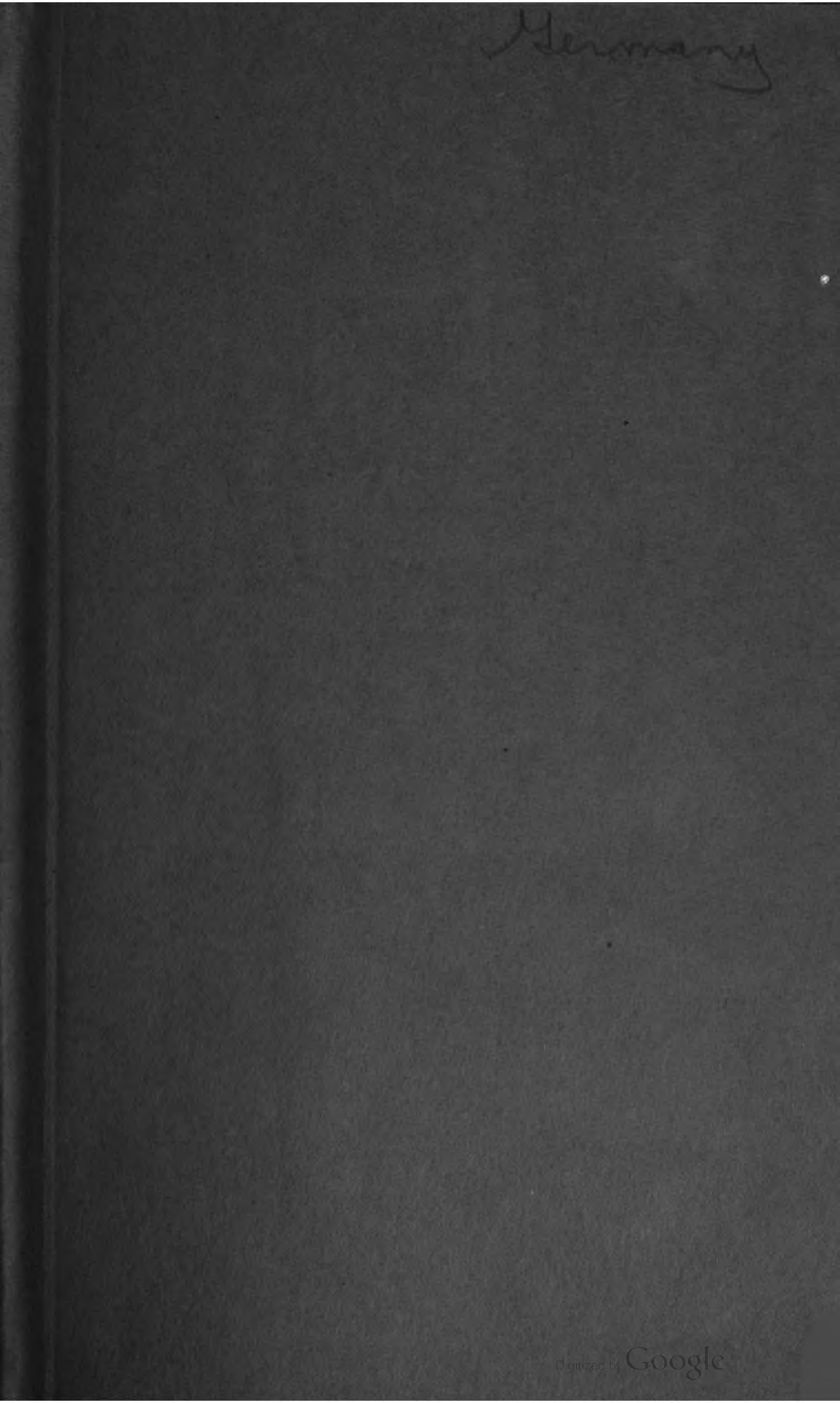
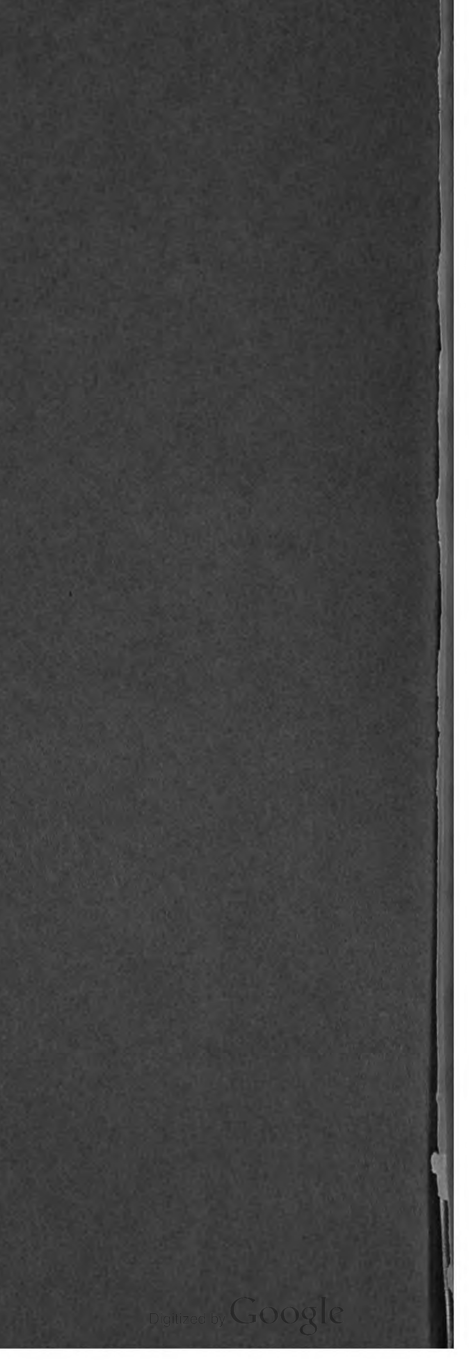

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 743 330


Germany



6

v. KELLER, INSTITUTIONEN.



INSTITUTIONEN.

GRUNDRISS UND AUSFÜHRUNGEN.

VON

D. FRIEDRICH LUDWIG VON KELLER

K. PREUSS. GEH. JUSTIZRATH UND PROFESSOR DER RECHTE
IN BERLIN.

VERLAG VON BERNHARD TAUCHNITZ

LEIPZIG 1861.

Grundriss zu Vorlesungen

über

Institutionen und Antiquitäten
des Römischen Rechtes.

Einleitung.

§. 1. Stellung und Gliederung des Privatrechtes.

§. 2. Römische Vorstellung von Recht und Rechtswissenschaft im Allgemeinen. *pr.* §. 1. *I. De I. et I.*

§. 3. *Ius naturale*, *gentium*, *ciuile. Gai.* I, 1. — *pr.* §§. 1. 2. 11. *I. De I. N. G. et C.* §. 4. *De I. et I. pr. De libertinis.* §§. 1. 11. 18. *De R. D.*

§. 4. Römische Vorstellung von den Rechtsquellen. *Gai.* I, 2—7. — §§. 3—10. *I. De I. N. G. et C.*

§. 5. Römische Anordnung und Eintheilung des Systems. *Gai.* I, 8. — §. 12. *I. De I. N. G. et C.*

§. 6. Quellen und Hülfsmittel. *Gaii Institutionum Commentarii* IV., *ed. Goeschen — Lachmann. Berolini* 1842. 8. *Iustiniani Institutionum Libri* IV., *cum commentario ed. Ed. Schrader. Berolini* 1832. 4.

Erstes Kapitel.
Personenrecht.

I. Die physischen Personen.

A. *Caput* und *Status*. Rechtsfähigkeit.

§. 7. a) Im Ganzen.

§. 8. b) Freie und Sclaven. *Gai.* I, 9., *pr.* — §. 4. *I. De iure pers.*

§. 9. c) *Ingenui* und *Libertini*. *Gai.* I, 10. 11. — §. 5 *I. De iur. pers.*, *pr. I. De ingenuis.*, *pr. I. De libertinis.*

§. 10. d) *Ciues*, *Latini*, *Peregrini*.

§. 11. e) Der s. g. *Status familiae*.

Zweites Kapitel.

Sachenrecht.

Erster Titel. Eintheilungen der Sachen.

§. 30. *Res in commercio, extra commercium; diuini, humani iuris; communes, publicae, uniuersitatis; sacrae, religiosae, sanctae. Res nullius. Gai.* II, 1—11. *pr.* — §. 10. *I. De R. D.*

§. 31. *Res mobiles, se mouentes, immobiles.* — *Praedium (urbanum, rusticum). Fundus. Ager, uilla. Aedes, area, insula. Ager limitatus, arcifinius. Solum Italicum, prouinciale. Gai.* II, 21. §. 40. *I. De R. D.* §. 1. *I. De S. P.*

§. 32. *Species* und *Res quae numero genere mensura constant*, oder *fungibiles* und *non fungibiles*. Verzehrliche Sachen. *pr. I. Quib. mod. re con. obl.* §. 2. *I. De usufructu.*

§. 33. Theilbare, untheilbare, zusammen gesetzte, zusammen gedachte Sachen. Pertinenz. *Ruta caesa. Vincta fixaque.* Theilung von Rechten. §. 18. *I. De legatis.*

§. 34. Früchte. — *Naturales* — *ciuiles*, *industriales; pendentes* — *separati; percepti, extantes, consumpti, percipiendi.* §. 37. *I. De R. D.*

§. 35. *Res mancipi, nec mancipi. Gai.* II, 15—23.

Zweiter Titel. Die Hauptformen des sachenrechtlichen Verkehres.

§. 36. *In iure cessio Gai.* II, 24.

§. 37. *Mancipatio. Gai.* I, 117—123. II, 103—108. III, 167.

§. 38. *Traditio, Possessio, Usucapio. Gai.* II, 26. 41. 204. §. 40. *I. De R. D.*

Dritter Titel. Eigenthum.

§. 39. I. Begriff und Umfang des Eigenthums. *Gai* I, 53.

II. Klagen.

§. 40. A. *Rei uindicatio* oder *Specialis in rem actio.* — *Sacramento, per sponsionem, per formulam petitoriam* — *Manus consertae, Deductio quae moribus fit.* — *Praedes litis et uindiciarum, Satisdatio pro praede litis et uindiciarum, Satisdatio iudicatum solui.* — *Interdictum Quem fundum* u. dgl. — *Fictus possessor: qui liti se obtulit, qui dolo fecit quominus*

Drittes Kapitel.

Obligationenrecht.

Erster Titel. Allgemeines.

**

ceptum (lance et licio); oblatum, prohibitum, non exhibitum. — *Actiones furti. Condictio furtiua.* — *Gai.* III, 183—208., §§. 1—19. *I. De Obll. q. ex del.*

§. 160. B. *Damnum iniuria datum:* — *corpori, corpore. Actio damni iniuriae* oder *legis Aquiliae* — *directa, utilis, in factum; infitiatoria, confessoria.* — *Gai.* III, 210—219. *Tit. I. De Lege Aquilia.* (IV, 3.)

§. 161. C. *Bona ui rapta.* — *Actio de damno ui hominibus armatis coactisue a familia dato, Actio ui bonorum raptorum.* — *Gai.* III, 209. IV, 8. *Tit. I. De ui bon. rap.* (IV, 2.)

§. 162. D. *Iniuriae: membrum ruptum, os fractum aut collisum, caeterae;* — *atrox, leuis. Lex Cornelia: qui se pulsatum, uerberatum domumue suam ui introitam esse dicat.* — *Actiones iniuriarum: talio,* 300, 150, 25 *Assium, aestimatoria; legis Corneliae. Gai.* III, 220—225. IV, 177—179. *Tit. I. De Iniuriis.* (IV, 4.)

III. Andere *Obligationes ex delicto s. maleficio.*

§. 163. A. *Arbores furtim caesae.*

§. 164. B. *Edicta de damno in turba dato* und *de incendio, ruina, naufragio, rate naue expugnata etc.*

§. 165. C. *Sepulchrum uiolatum.*

§. 166. D. *Actio de seruo corrupto.*

Fünfter Titel. *Obligationes quasi ex delicto.*

§. 167. A. Verantwortlichkeit des *Iudex. Litem suam facere.* pr. §. 2. *I. De Obll. q. qua. ex del.* (*Edictum Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur.*)

§. 168. B. Verantwortlichkeit des *Mensor.*

§. 169. C. *Actio de effusis et deiectis.* §§. 1. 2. *I. De Obll. q. qua. ex del.*

§. 170. D. *Actio de positis et suspensis.* dd. §§. 1. 2.

§. 171. E. *Nautae, caupones, stabularii.* §. 3. *I. eod.*

§. 172. F. Fragliche andere Verhältnisse.

Sechster Titel. *Obligationes ex uariis caussarum figuris.*

Siebenter Titel. Verstärkung, Veränderung und Auflösung der Obligationen.

Viertes Kapitel.

Familienrecht.

Erster Titel: Ehe.

curiae, per rescriptum Principis. — §. 13. *I. De nuptiis.*

VII. Aufhebung der *patria potestas.* — *Tit. I. Quib. mod. ius pa. po.*

§. 235. A. *Emancipatio.* Form: *Mancipatio, remancipatio, manumissio, pactum fiduciae.* Wirkung. *Parens manumissor* und *Extraneus manumissor.* — Neueres Recht: *Em°. Anastasiana (per rescriptum Principis)*, und *Iustinianea* (Erklärung vor der Obrigkeit). Vorbehalt der Familienrechte *(legitima iura). Praemium emancipationis.* Zwang zur Emancipation. Wiederaufhebung der Emancipation. *(Abdicatio,* ἀποκήρυξις, Verstossung?). *Gai.* I, 132—135. 162. 163. III, 2. §§. 6. 7. 9. 10. vgl. *pr, I. h. t.* §. 3. *I. De cap. demin.* §. 8. *I. De legit. agnat. succ.* §. 2. *I. Per quas pers. cuiq. acq.*

§. 236. B. Andere Gründe: Tod. Uebergang in anderweitige Familiengewalt: *potestas, manus, mancipium. Capitis deminutiones. Flamen Dialis, Virgo Vestalis.* — Neueres Recht: Hohe Würden. — *Gai.* I, 127—131. 136. III, 114., *pr.* — §. 5. *I. h. t.*

§. 237. VIII. Schutz der väterlichen Gewalt: *Praeiudicium, Cognitio praetoria, Vindicatio; Interdicta de liberis exhibendis, ducendis.*

IX. Anhang.

§. 238. A. Feststellung der Paternität für Vater, Mutter und Kind. *SC.*[tum] *Plancianum* u. a., *Rescriptum Diuorum Fratrum. Edictum de inspiciendo uentre custodiendoque partu. Praeiudicium de partu agnoscendo.* — §. 13. *I. De Actionibus.*

§. 239. B. Verhältniss zwischen Eltern und Kindern im Allgemeinen.

§. 240. C. Verwandtschaft u. Schwägerschaft. *Agnati, cognati, affines. Gai.* I, 156. III, 10. 24.,

Tit. I. De grad. cogn. §. 1. *I. De legit. agnat. tut.*, §. 1. *I. De legit. agnat. success.*

Dritter Titel. *Potestas* über Sclaven.

§. 241. I. Wesen und Inhalt. — *Dominium* und *Potestas*. Persönliches Verhältniss: *Lex Petronia* u. *SC.*[ta] Oekonomisches Verhältniss: *Peculium*, Rechtsgeschäfte und Verbindlichkeiten zwischen Herrn und Sclaven. Verkauf zur Exportation u. dgl. *Fugitiuus*. — *Gai.* I, 13. 52—54. III, 104. 114. 119. 167. IV, 78. *Tit. I. De his q. sui u. al.*, §. 3. *De Iniuriis. Tit. I. De stip. seru.* §. 1. *De Usucap.* §. 1. *De Fideiuss.*

§. 242. II. Entstehung. — Geburt. (*Fauor libertatis* und sonstige Ausnahmen). *Qui pretii participandi caussa uenum se dari passus est. SC.*[tum] *Claudianum.* Sonstige Erwerbung des Eigenthums. *In bonis* — *ex iure Quiritium. Gai.* I, 54. 82—86. 88. 89. 91. 160. 166. §§. 2—5. *I. De iure pers. pr. I. De ingenuis.* §. 1. *I. De success. subla.*

III. Aufhebung.

A. Ordentliche Manumission.

§. 243. a) Die Formen: *Vindicta* (*circumagere*, *festuca*, *uirgula*, *ῥάπισμα*, *alapa*, *Vindicius*), *Censu*, *Testamento* (*directa*, *fideicommissaria libertas*; *Orcinus*). — Formlose Freilassung, *Manumissio inter amicos*, *per mensam*, *per epistolam*. *Iteratio*. — Neueres Recht: Freilassung in der Kirche, Privilegium der Geistlichen. — *Gai.* I, 17. 20. II, 263. 267., *pr.* §§. 1. 2. *I. De libertinis.* §. 2. *I. De sing. reb. p. fideic. rel.*

§. 244. b) Voraussetzungen: Eigenthum; volles *ex I. Q.*, *in bonis*, *nudum ex I. Q.* — *Seruus communis*, *fructuarius*, *pignori obligatus*, *redemptus*. Stellvertretung durch Kinder. Verbot durch Gesetz,

Obrigkeit oder Rechtsgeschäft. — *Gai.* I, 17., §. 4. *I. De Donatt.*

§. 245. c) Positive Beschränkungen: *α*) *Lex Aelia Sentia;* Alter, *Caussae probatio, manumissio in fraudem creditorum* oder *patroni.* *β*) *Lex Furia Caninia* und *SC.ta* *γ*) Abgabe, *uicesima eorum qui manumitterentur, Lex Manlia* von *A.* 397. — *Gai.* I. 18—21. 37—47. II, 228. 276. *Titt. I. Quib. ex cau. manum. n. l.* und *De lege Fur. Can. toll.*

§. 246. d) Wirkungen: Freiheit und Civität; *In libertate morari, Tuitio Praetoris; Lex Iunia Norbana, Latini Iuniani; Dedititii e lege Aelia Sentia.* Neueres Recht. — Patronat. *Gai.* I, 12—17. 22—28. 31. 35. 67. II, 110. 195. 275. III, 56., §. 3. *I. De libertinis.*

§. 247. e) *Statuliberi. Gai.* II, 200.

§. 248. f) Besondere Fälle: *Manumissio sacrorum caussa, mortis caussa, Adoptio serui. Libertas publice data.*

§. 249. B. Zwang zur Manumission, und Befreiung von Rechtswegen. *SC. Silanianum* u. dgl. *Fideicommissaria libertas. SC.ta Articuleianum, Rubrianum, Dasumianum, Vitrasianum, Iuncianum.* Verträge über die Freilassung. Ersitzung der Freiheit. — *Gai.* II, 263—267. §. 2. *I. De sing. reb. p. fideic. rel.*

§. 250. IV. *Liberale iudicium. Vindicatio in libertatem, in seruitutem. Lex Iunia Petronia. SC. Iunianum. Quaestio status* nach dem Tode. — *Gai.* IV, 14. *pr. I. De iis p. quos agere po.*

Vierter Titel. *Mancipium.*

§. 251. I. Wesen, Entstehung, Aufhebung. — *Gai.* I, 49. 116—118a. (vgl. 115. f.) 123. 135. 138—141. 195. II, 86. 90. 96. IV, 79. 80. §. 6. *I. Quib. mod. ius pa. po.* §. 3. *I. De B. P.*

§. 252. II. Gegensatz rein ökonomischer Unterwerfungsverhältnisse: *Nexus, iudicatus, confessus — du-*

ctus oder *addictus*. *Auctoratus*. *Fur manifestus*. *Ab hostibus redemptus*. Der Colonat. Gai. III, 189. 199.

Fünfter Titel. Patronat und Clientel.

§. 253. I. Ursprüngliches Verhältniss. *Ius applicationis*.

II. Abgeleitetes Verhältniss.

§. 254. A. *Patronus* und *Libertus*: ordentlicher Patronat: *Obsequium et reuerentia*. Disciplinarbefugniss. Anklage wegen Undankbarkeit *e lege Aelia Sentia*, Zurücknahme *in seruitutem*. Alimente, Tutel und Erbrecht. *Adsignatio liberti*. *Dona et munera*. *Operae — officiales, fabriles; operas indicere*, *Interdictum de liberto exhibendo*. *Exceptio Quod libertatis onerandae caussa factum sit, (Rutilius, Praetor)*. *Societas*. Befreiung durch *Ius liberorum ex LL. Iulia et P. P.* Voller und minderer Patronat. Untergang. *Ius aureorum annulorum*. *Restitutio natalium*. Schutz: *Praeiudicium*. — Gai. II, 266. 267. III, 59. IV, 46. 162. 183. §. 1. *I. De cap. dem.* §. 2. *I. De sing. reb. p. fideic.* *Tit. I. De adsign. libert.*

§. 255. B. *Manumissor e mancipio; Parens* oder *Extraneus manumissor* u. dgl. Quasi-Patronat. Gai. I, 115. 118. 137. 166. 172. 175. *Tit. I. De fiduc. tut.*

Sechster Titel. Vormundschaft.

I. *Tutela impuberum*.

§. 256. A. Im Allgemeinen. Gai. I, 142. f., *pr.* §§. 1. 2. *I. De tutelis*.

B. Bestellung des *Tutor*.

§. 257. a) Arten und Formen derselben; *Testamentarius, legitimus* und *fiduciarius, Atilianus*. (*Leges Atilia, Iulia, Titia*. — *Datiuus*. — Gai. I, 144—147. 149. 154. 155. 164—167. 175. 182—187., §§. 3—5. *I. De tutelis*. *Tit. I. Qui test. tut. da. p.*, *pr.* §§. 1. 2. *De legit. agnat. tut.* §. 7. *I. De cap. demin.* Titt.

De leg. patron. tut., De leg. par. tut., De fid. tut., pr. — §. 5. *De Atil. tut.*, §. 6. *Quib. mod. ius pa po.*

§. 258. b) Unfähigkeit u. Excusation. *Potioris nominatio.* — *Gai.* I, 23. 157. 195., *pr.* §§. 1. 2. *I. Qui testam. tut. Tit. I. De excus. tut.*

§. 259. C. Verwaltung des *Tutor. Auctoritas, Gestio. Inuentarium.* Beschränkungen und Erforderniss eines *Decretum. Oratio D. Seueri* u. dgl. Erziehung. *Gai.* I, 184. *Tit. I. De auctor. tut.* §. 2. *I. Quib. alien. lic.*

§. 260. D. Verhältniss mehrerer Tutoren. *Tutores honorarii, notitiae caussa dati.* §. 1. *De satisdat. tut.* §. 20. *I. De inut. stip.*

§. 261. E. *Satisdatio tutorum. Rem pupilli saluam fore. Gai.* I, 199. 200. *Tit. I. De satisdat. tut.* §. 20. *I. De inutil. stip.*

§. 262. F. Remotion des *Tutor. Accusatio suspecti. Gai.* I, 182. *Tit. I. De susp. tutor.*

§. 263. G. Ende der Tutel. *Gai.* I, 196. *Tit. I. Quib. mod. tut. fin.*

§. 264. H. Rechnungsablage und *Actiones tutelae. Arbitrium* und *Actio de rationibus distrahendis, Actio contraria.* — *Gai.* I, 191., §. 7. *I. De Atil. tut.* §. 2. *I. De obll. q. qua. ex contr.*

§. 265. I. Subsidiäre Verantwortlichkeit der *Nominatores, Affirmatores, Magistratus.* — §§. 2. 4. *I. De satisdat. tut.*

§. 266. II. *Tutela mulierum.* Bestellung: *Tutor testamentarius, optiuus (optio plena, angusta); legitimus, fiduciarius; a magistratu datus.* — Rechtshandlungen, welche die *Auctoritas* erfordern. Intensiver Unterschied: *Legitimi — alterius generis tutores. In iure cessio (cessicius tutor), abdicatio, excusatio.* — Ausnahmen: *Virgines Vestales, e XII. Tab., Ius liberorum ex Lege I. et P. P.* Befreiung von dem *Agnatus tutor* durch *Coemptio fiduciae caussa.* Aufhebung der Agna-

ten-Tutel durch die *Lex Claudia.* Untergang der *Tutela mulierum.* **Gai.** I, 114 — 115b. 144 — 155. 157. 164 — 181. 183 — 187. 190 — 195. II, 47. 80. 81. 85. 121. 122. III, 44. 91. 108. 171., *pr. I. De curatoribus.*

§. 267. III. *Cura furiosi et prodigi. Agnati, gentiles; Curator a magistratu datus. Actio negotiorum gestorum.* **Gai.** I, 200. II, 64. §§. 1. 3. 4. *I. De curatoribus.* — Vgl. oben §. 22. f.

§. 268. IV. *Cura minorum.* Verordnung von M. Aurel. *Oratio D. Seueri.* — **Gai.** I, 199. f., *pr.* §§. 1. 2. *I. De curatoribus. Tit. De satisdat. tut.*

§. 269. V. Andere Fälle von *Cura,* wie *Mente capti, surdi, muti;* Concursmasse, Erbschaft, Vermögen des *Captiuus* §§. 4—6. *I. De curatoribus.*

§. 270. VI. Verhältniss zwischen *Tutela* und *Cura.* §. 4. *I. Qui test. tut.* Vgl. **Gai.** I, 150. 176. 178. 180.

Fünftes Kapitel.

Erbrecht.

Erster Titel. Allgemeines.

§. 271. I. Erbschaft und Vermächtniss; *Hereditas, legatum; Successio in uniuersum ius defuncti* und Singular-Succession. **Gai.** II, 191. III, 97. 98. §. 6. *I. Per quas pers. cuiq. acq.* — *pr. I. De legatis.*

§. 272. II. Bestimmung des Erben: *Testamentum, Lex. Heredem scribere, instituere, testamentarius heres; legitimus heres, intestati* oder *ab intestato heres* und *hereditas.* — *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.* — *Successio contra tabulas, secundum tabulas, intestati.* **Gai.** III, 99., *d.* §. 6. *I.,* §. 5. *I. De her. inst.*

des Todes. Besondere Fälle: *Captiuus, Lex Cornelia. Seruus publicus P. R.* [i] *Gai.* II, 114. 145. *Tit. I. Quib. n. e. perm. fa. test.*

§. 282. 2. Beschränkung des weiblichen Geschlechts insbesondere. *Coemptio fiduciaria testamenti faciendi gratia. Epistola D. Hadriani.* — *Vestales. Ius liberorum. Gai.* I, 115a. 192. II, 112. 113. 118–122. III, 43. 44.

§. 283. b) Der Zeugen. *Gai.* II, 105—108., §§. 6—11. *I. De test. ord.*

C. Hauptinhalt des Testamentes. Erbeinsetzung.

§. 284. a) Ihre Beschaffenheit. *Gai.* II, 115—117. 229—231., §§. 4—8. 12. *I. De her. inst.* §§. 29. 34. *De legatis.*

b) Fähigkeit zum Erben eingesetzt zu werden.

§. 285. 1. Ueberhaupt. *Testamentifactio: Filiusfamilias, Seruus, Latinus Iunianus. Incerta persona*: Juristische Personen, *Postumi — Aquilliani (C. Aquillius Gallus), Velleiani (Lex Iunia Velleia, A.* 762.), *Iuliani (Saluius Iulianus). Gai.* I, 23. 24. 123. II, 110. 185—190. 241—243. 287., §. 4. *I. De her. qual. et di., pr.* §§. 1—3. *De her. inst.* §. 2. *Quib. ex cau. man.* §§. 27—29. *De legatis. pr. De Bo. po.*

§. 286. 2. Beschränkung des weiblichen Geschlechts insbesondere. *Lex Voconia.* (Vgl. R.-G. §. 85.) *Lex I. et P. P.* und neueres Recht. — *Gai.* II, 274.

§. 287. c) Selbstbeschränkung der Erbeinsetzung: *Condicio, Dies, Modus.* — Potestativ-Bedingung. Unmögliche, unsittliche Bedingung. Bedingung der Viduität, *Lex Iulia Miscella.* Resolutivbedingung. *Condicio iurisiurandi. Cautio Muciana. Gai.* III, 98. §§. 9—11. *I. De her. inst.*

d) *Secundi heredes* u. s. w.

§. 288. 1. *Cretio — uulgaris, continua, perfecta, imperfecta. Primi, secundi, tertii etc. heredes. Substitutio — uulgaris, pupillaris.* Grundgedanke der letztern und Verhältniss beider. *Caussa Curiana* und *Constitutio D. Marci et Veri.* Aeussere Einrich-

tung der *secundae*, insbesondere der *pupillares, tabulae.* — Gai. II, 164—184. 277. *Titt. I. De uulg. subst., De pup. subst.*

§. 289. 2. *Substitutio quasi pupillaris (exemplaris, Iustinianea).* §. 1. *I. De pup. subst.*

II. *Ab intestato.*

§. 290. A. Allgemeines. — Voraussetzungen. Erbfähigkeit, Erbfolgeordnung, Erbtheile. Unterschied des *Ingenuus, Libertinus* und *E mancipio manumissus.* — *pr.* §§. 7. 8. *I. De hered. q. ab intest.* (vergl. §. 6. *De legit. agn. succ.*)

§. 291. B. Das ältere *Ius ciuile: Sui,* (Eintrittsrecht, *Stirpes, capita*) *Agnatus proximus (Voconiana ratio: Consanguinea), Gentiles.* — Gai. III, 1—24. II, 156., §§. 1. 2. 4. 6. 9. *I. h. t. pr.* §§. 1—3. 5—7. *De legit. agn. succ.*

§. 292. C. Das prätorische Recht. *Liberi, legitimi, cognati (Sobrino sobrinaue natus nataue), Vir et uxor.* — *Successio ordinum et graduum.* Verhältniss zwischen civilen und prätorischen Erben. *Edictum Iuliani, Clausula noua de coniungendis cum emancipato liberis eius.* Gai. III, 18—34. 37. II, 136. 137., §§. 9—11. 13. *I. h. t. Tit. De succ. cogn.* §. 11. *De grad. cogn. pr.* §§. 3. 5. *De B. P.*

§. 293. D. *SC.*[tum] *Tertullianum* u. *Orphitianum. Titt. I. De SC.*[to] *Tertull., De SC.*[to] *Orphit.*

§. 294. E. Das neuere Kaiserrecht. §§. 15. 16. *h. t.* §§. 3. 4. 7. *De legit. agn. succ.* §§. 4. 5. *De SC. Tertull.* §. 1. *De SC. Orphit.* §. 1. *De succ. cogn.*

§. 295. F. Die Reform Justinian's durch *N.* 118. u. *N.* 127. *c.* 1.: a) Descendenten. b) Ascendenten, *Germani* und deren Kinder. c) *Consanguinei, uterini,* deren Kinder. d) Uebrige *Cognati.* Dahinter *Vir et uxor.*

Dritter Titel. Erwerb der Erbschaften.

*****

§. 332. F. Andere einzelne Arten von Legat, nach Gegenstand und Inhalt: *Res (futura, aliena), species, seruitus; nomen, liberatio, debitum (praelegatum dotis); dos, peculium, hereditas, taberna, mensae negotium; triticum, uinum, oleum; instructum, instrumentum, supellex, penus, aurum, argentum (factum, infectum, signatum), mundus, ornamenta, unguenta, uestis u. uestimenta, statuae; quae uxoris caussa comparata sunt; annua, menstrua, alimenta, cibaria; genus, optio, electio.* *Gai.* II, 203. §§. 6. 7. 13—15. 17—23. *I. h. t.*

§. 333. G. Erwerb der Legate. Zeitpunkte: *Dies legati cedit — uenit.* Art des Erwerbs: Erklärung der Annahme, Repudiation. Wirkung: dingliche, *Obligatio quasi ex contractu. Nexi liberatio. Ius accrescendi: Res pluribus legata — coniunctim, disiunctim; Re, uerbis coniuncti. Pars accrescit — parti, personae; cum onere, sine onere,* *Gai.* II, 195. 199. 205. 206. 215. §. 5. *I. De obl. q. qua. ex contr.* §§. 2. 8. 16. *h. t.*

§. 334. H. Klagen: *Vindicatio. Manus iniectio. Condictio — certae pecuniae, certae rei, Actio ex testamento incerta; Actio familiae herciscundae.* Neuere *Actiones in rem, in personam* — für *pias caussas in duplum. — Cautio legatorum seruandorum caussa*, und *Missio in bona testatoris*, dann *heredis. Interdictum Quod legatorum.* *Gai.* II, 194. 204. 213. 219. 222. 282. 283. III, 175. IV, 9. 55. 171., §. 2. *I. De legatis.* §. 26. *De actionibus.*

II. Fideicommisse.

§. 335. A. Wesen, Arten, Geltung. *Fideicommissum hereditatis — singularum rerum. Extraordinaria cognitio.* *Gai.* II, 246—249., 260. 268. 280. 284. *pr.* §§. 1. 12. *De fideic. her., pr.* §. 3. *De sing. reb. p. f.*

§. 336. B. Form, Codicill. — *Codicilli testamento confirmati, non confirmati; a testato, ab intestato facti.* — Neueres Recht: Form, *Cod.*[i] *publici, priuati.* Das s. g. Oral-Fideicommiss. *Gai.* II, 270.[a] 273. *Tit. I. De codicillis.* §. 12. *De fideic. her.*

sideat hereditatem. Gai. II, 144–148, §§. 2. 4–6. *I. Quib. mod. test.* §. 7. *De her. q. ab intest.*

§. 343. III. Ungültigkeit des Inhalts im Einzelnen.

A. Gemeinsames für Erbeinsetzung und Vermächtnisse. α) *Quod quis sibi adscripserit, SCC. Libonianum*; *Claudianum* und *Edictum Claudii*. β) *Poenae nomine relicta*. γ) Captatorische und perplexe Verfügungen. δ) *Condicio iurisiurandi*. ε) Zwang, Betrug, Irrthum; *falsa caussa, falsa demonstratio*. — Gai. II, 235 — 237. 243. 288., §§. 29—31. 36. *I. De legatis*.

§. 344. B. Für Vermächtnisse insbesondere: *Regula Catoniana*. Gai. II, 244, §. 32. *I. De legatis*.

§. 345. IV. Ademption und Translation der Vermächtnisse. *Tit. I. De adempt. legat.* §. 12. *De legatis*. Gai. II, 198.

§. 346. V. Incapacität und *Caduca*. — *Latini e lege Iunia. Caelibes et orbi e legibus Iulia et Papia Poppaea*. Bedingungen der Capacität; *SC.ta Persicianum, Claudianum, Caluisianum* u. a. Recht der Ehegatten; *Exceptae personae*. — *Caducum, in caussa caduci, pro non scripto. Ius caduca uindicandi: Patres, Aerarium, Fiscus. Ius antiquum in caducis*. Vermeidung der Caducität. — Neueres Recht: *Constantin* (Strafen von Cölibat und Orbität), *Theodos* II. (Recht der Ehegatten und *Ius liberorum*), *Justinian* (Caducität — *Ius accrescendi*.) — Gai. I, 23. f. II, 110. f. 144. 150. 206—208. 275. 286.

§. 347. VI. Indignität u. *Ereptoria*. Gründe: Vergehen gegen Person, Vermögen, Testament des Erblassers, veränderter Wille des letztern. Verletzung der Capacitätsgesetze: *Fideicommissum tacitum; SCC. Plancianum, Silaniamum, Claudianum* u. s. w. Wirkung: *Pro non scripto*; *Fiscus* und andere berechtigte Personen.

Ausführungen.

Erste Quinte.

§. 1. Stellung und Gliederung des Privatrechtes.

Der einzelne Mensch kann seine Bestimmung nur in Verbindung mit seinen Mitmenschen erfüllen. Mit dem weitesten Kreise der gesammten Menschheit wird er durch eine Mehrheit von engern Kreisen vermittelt, wie Familie, Gemeinde, Volk. Sein Leben bildet einen fortwährenden Verkehr mit diesen Kreisen oder Verbindungen selbst und mit den Einzelnen, die sich neben ihm darin befinden. Dann ist er auch weiter an dem Verkehre dieser Verbindungen (als erweiterter Einheiten) unter einander mittelbar betheiligt.

Aller dieser mannigfache menschliche Verkehr steht unter gewissen Regeln, deren Geltung theils durch einen äussern Zwang garantirt, theils lediglich auf das Gewissen der Einzelnen abgestellt ist. Jenen liegt die Rechtsidee, diesen das Sittengesetz zum Grunde.

Das *Recht* als Inbegriff jener Regeln für das Zusammenleben der Menschen verzweigt sich nun gemäss den verschiedenen Richtungen der dabei stattfindenden Verhältnisse. Das *Privatrecht* regelt das Verhältniss der Einzelnen zu einander, das *Staatsrecht* das Verhältniss der Einzelnen zum Staatsorganismus und die Ordnung von diesem überhaupt. Denken

wir die Staaten selbst als Glieder einer höhern Einheit, in welcher sie hinwieder gewissen erzwingbaren Regeln unterworfen werden können, so ergibt sich das *Völkerrecht.* Staatsrecht und Völkerrecht bilden zusammen das *öffentliche Recht* im Gegensatze des *Privatrechtes.*

Der privatrechtliche Verkehr hat zu seinem Ziel und Gegenstand theils die Person eines Andern nach ihrem ganzen Sein und Wesen, theils die Gegenstände der vernunftlosen Natur, worüber dem Menschen die Herrschaft angewiesen ist.

In beiden Richtungen kann der Einzelne seine Macht ausdehnen, und der Staat gibt unter gewissen Bedingungen und in gewissem Maasse seine Garantie dazu.

Diese einzelnen Erweiterungen der Macht des Einzelnen über seine eigene Person hinaus, so weit als sie von dem Staate garantirt sind, nennen wir *Rechte* im subjectiven Sinn.

Dagegen die Gesammtheit der Regeln für jene Garantie nach deren Bedingungen und Bedeutung ist uns nach dem Obigen *das Recht* im objectiven Sinn.

Die Privatrechte beziehen sich, wie gesagt, entweder auf eine *Person im Ganzen* oder aber auf Gegenstände der vernunftlosen Natur, d. h. *Sachen.*

Das Fundamentalrecht der ersten Klasse ist die *Ehe,* das der zweiten das *Eigenthum.*

Die Ehe, d. h. die Geschlechtsverbindung zwischen Mann und Weib in ihrer menschlich-sittlichen Gestalt, ist unter anderm der normale Weg der Fortpflanzung. Daher knüpft sich an sie unmittelbar an das Verhältniss zwischen Eltern und Kindern (*patria potestas* oder wie sich das gestalten mag).

Diese beiden Verhältnisse bilden zusammen das *Familienrecht,* man kann sagen das natürliche Familienrecht; denn gerade sie haben unter den Rechtsverhältnissen das eigenthümliche, dass sie ihrer rohen Grundlage nach schon durch die thierische Natur des Menschen mit Nothwendigkeit gegeben und nicht von Grund aus durch menschliche Willkür geschaffen sind. Daneben haben sie noch die andere Eigenthümlichkeit, dass sie, nach ihrem ganzen Wesen betrachtet,

zum geringern Theil dem Rechtsgebiet und zum weit grössern dem Gebiete der sittlichen Freiheit angehören.

Das Familienrecht hat nun über diesen seinen natürlichen Kreis hinaus gewisse künstliche Zusätze erhalten, theils gleichmässig bei allen Völkern, theils bei einzelnen in eigenthümlicher Art.

Gleichmässig in der Hauptsache: das Institut der *Vormundschaft*, als Surrogat des väterlichen Schutzverhältnisses.

Eigenthümlich: bei den Römern die *Sclaverei* und das *Mancipium*, in der Neuzeit das *Dienstbotenverhältniss*.

Andere Klasse: das *Eigenthum*, d. h. die volle und ausschliessliche rechtliche Herrschaft über eine Sache, bildet die Grundlage des *Vermögensrechtes*, welches dem Familienrecht als zweite grosse Hälfte des Privatrechtes gegenüber tritt.

Das Eigenthum ist aber nicht das einzige Recht, welches an einer Sache möglich ist. Man kann nicht blos das volle, man kann auch ein partielles, begrenztes Recht über eine Sache haben. Es ist mit dem Begriffe des Eigenthums verträglich, dass an derselben Sache auch einem Nichteigenthümer ein gewisses Recht zusteht, welches sich dann zum Eigenthum als eine exceptionelle Beschränkung verhält.

Solche Rechte sind die *Servituten* und übrigen *Iura in re aliena*.

Man pflegt diese mit dem Eigenthume in den Begriff der *dinglichen Rechte* zusammen zu fassen, wofür die Römer keinen entsprechenden Ausdruck haben.

Die Theorie der dinglichen Rechte heisst das *Sachenrecht*.

Das Vermögensrecht begreift aber noch Rechte anderer Art und wird durch das Sachenrecht nicht erschöpft.

Im Sachenrecht haben wir es mit denjenigen Handlungen des Verkehres zu thun, welche uns unmittelbar Rechte an Sachen verschaffen. Daneben gibt es aber eine Menge Verkehrshandlungen, welche zwar ihrem letzten ökonomischen Ziele nach auch darauf abgesehen sind, uns Rechte an Sachen zu verschaffen, welche dieses aber nicht unmittelbar bewirken, sondern vorerst nur ein Recht gegen eine Person begründen, dessen Befriedigung dann mittelst neuer Verkehreshandlungen erst zu Rechten an Sachen zu führen geeignet

ist (wie z. B. ein Kauf mittelst der nachher erfolgenden Uebergabe der Sache).

Es ergibt sich hier also eine neue Klasse von Rechten, deren Wesen in einem Verhältniss zwischen verschiedenen Personen besteht, welche sich aber von den Verhältnissen des Familienrechtes dadurch unterscheiden, dass sie nicht die gesammte Persönlichkeit in Anspruch nehmen, sondern nur einzelne Handlungen oder Leistungen, durch deren Erfüllung sie erlöschen, und dass dabei die persönliche Beziehung nicht selbständiger Zweck, sondern blos Mittel zur Begründung von Rechten an Sachen ist.

Das sind die *Obligationen*, deren Theorie sich nach dem Gesagten als ein Theil des Vermögensrechtes darstellt, und an das Sachenrecht anreiht.

Man hat das Obligationenrecht auch wohl das *mittelbare Sachenrecht* genannt, — ein Name, welcher nach obiger Beschreibung etwas wahres hat, aber mancherlei Missverständnissen ausgesetzt ist, und daher besser vermieden wird.

Die bisher gefundenen Klassen von Rechtsverhältnissen stellen sich nach dem Gesagten so: *Familienrecht* und *Vermögensrecht:* dieses zerfallend in *Sachenrecht* und *Obligationenrecht.*

So scharf bleibt nun aber das Familienrecht von dem Vermögensrechte nicht geschieden. Die familienrechtlichen Verhältnisse begründen selbst wieder vermögensrechtliche, oder üben doch einen bestimmten Einfluss auf die Natur und Bedeutung von solchen aus.

Die Regeln, nach welchen dieser Einfluss des Familienrechtes auf das Vermögensrecht statt findet, bilden das *angewandte Familienrecht.* Doch wird aus diesem nicht ein selbständiger Abschnitt des Systems, sondern man pflegt es der Darstellung des reinen Familienrechtes bei jedem einzelnen Institute desselben anzufügen, so z. B. bei der Ehe das Güterrecht der Ehegatten, d. h. die vermögensrechtlichen Verhältnisse, welche sich an die Ehe ansetzen, u. s. w.

Alle bisher genannten Klassen von Rechtsverhältnissen beziehen sich auf den Verkehr der gleichzeitig lebenden Menschen unter einander.

Das Privatrecht befasst sich aber auch mit dem Verhältniss des *nach* einander lebenden Menschen, d. h. mit der Frage, wie und nach welchen Regeln die Persönlichkeit eines Menschen im Ganzen oder dessen einzelne Rechte bei seinem Tode auf Ueberlebende übergehen. Es versteht sich von selbst, dass von solchem Uebergang nur in Beziehung auf das Vermögen die Rede sein kann.

So ergibt sich das *Erbrecht* (mit der angedeuteten Abtheilung in Erbschaft und Vermächtniss) als dritter Abschnitt des Vermögensrechtes, welcher sich den beiden andern (Sachenrecht und Obligationenrecht) eben dadurch beiordnet (und nicht unterordnet), dass dabei eine ganze Persönlichkeit und daneben einzelne Vermögensrechte von beiden Klassen betroffen werden.

In den angegebenen Klassen sind nun die möglichen Privatrechte specifisch alle enthalten. Wenn wir daher jetzt noch andere Abschnitte für die Darstellung bekommen, so wird darin nicht von neuen und andern Privatrechten die Rede sein können, sondern nur von Dingen, die sich auf jene mehr oder weniger gemeinsam beziehen, und die daher besser zusammen gefasst und ein für alle Mal erörtert werden. In diesem Sinne müssen noch zwei Punkte beachtet werden.

I. Es liegt in der menschlichen Unvollkommenheit, dass die Rechte vielfacher Verkennung, Anfechtung, Verletzung ausgesetzt sind. Daher genügt es nicht daran, dass dieselben nach Entstehung, Inhalt, Aufhebung durch die Rechtstheorie geregelt werden, sondern es bedarf auch gewisser äusserlicher Anstalten im Staate, wodurch sie aufrecht erhalten, geschützt und nöthigenfalls ausser Zweifel gestellt werden. Solcher Anstalten gibt es mehrere. Zum Theil gehört dahin schon die Polizei und die Criminal-Justiz, ganz besonders und unmittelbar aber die Civilgerichtsbarkeit mit den Regeln, nach denen sie sich bewegt, nämlich dem Civilprocess.

Das würde sich nun alles im Gedanken noch füglich scheiden lassen von der materiellen Civil- oder Privatrechtstheorie, welche uns für jetzt allein angeht. Allein jener Umstand der Verletzung, Anfechtung, Streitigkeit übt in jedem Rechts-

system und im römischen ganz besonders einen gewissen Einfluss nicht blos auf die äussere Geltung, sondern auch auf den innern Bestand der bezüglichen Rechte aus; sie können dadurch in gewissem Maasse modificirt und verändert werden; und die Lehre von diesen Modificationen macht allerdings einen Theil der Privatrechtstheorie selbst aus. Man nennt sie das *Actionen-Recht*, dem Begriffe nach wohl zu unterscheiden von dem *Civilprocess*, obgleich die Römer in ihrem *Ius actionum* beides zusammen fassen.

Die erwähnten Modificationen sind theils allgemeiner Natur, allen oder vielen Rechten gemeinsam, theils sind sie einzelnen Rechten eigenthümlich. Hiernach theilt sich das Actionenrecht wieder in das allgemeine und in das besondere. Das letztere ist für die Darstellung unzertrennlich von den einzelnen bezüglichen Rechten, und bildet also keinen eigenen Abschnitt des Systems. Das erstere dagegen erfordert eine eigne und zusammen hängende Darstellung, welche es entweder seinem Causal-Zusammenhang nach in der Disciplin des Civilprocesses oder zufolge seinem systematischen Zusammenhang in der Theorie des Privatrechts und als ein Abschnitt desselben finden kann. Dieses scheint für den umfassenden dogmatischen Vortrag, jenes für den mehr geschichtlichen besser zu passen, und wir schliessen daher für jetzt das allgemeine Actionen-Recht aus.

II. Bei der bisherigen Classification der privatrechtlichen Verhältnisse dachten wir uns den einzelnen Menschen beständig in seinem Verhältniss zu den ausser ihm befindlichen Sachen und Personen, in der rechtlichen Herrschaft über die einen, und, so weit möglich, über die andern. Es wurde dabei als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, dass es eben immer der einzelne Mensch sei, auf welchen sich alle Rechte als auf ihr Subject beziehen, und dass es genug sei Mensch zu sein, um als solches mögliches Rechtssubject gedacht zu werden.

Allein dies versteht sich nun doch nicht in dem Grade von selbst, dass es als überflüssig erschiene, den Menschen, ehe wir ihn in diese Verhältnisse nach aussen treten und in dem hiezu führenden Verkehre agiren lassen, erst einmal ganz an und für sich zu besehen und uns vorbereitungsweise

die Frage aufzuwerfen, wie denn der einzelne Mensch selbst beschaffen sein müsse, um activ und passiv Subject von Rechtsverhältnissen zu werden, und die Handlungen des Verkehres mit Erfolg begehen zu können, welche geeignet sind, solche Rechtsverhältnisse zu begründen.

Man kann die einzelnen Rechtsverhältnisse, in welchen ein Mensch wirklich steht, als seine speciellen und individuellen juristischen Eigenschaften betrachten. Gibt es nun aber nicht auch gewisse allgemeine Eigenschaften, welche für alle oder doch für viele Rechtsverhältnisse desselben bedingend oder bestimmend sind, und welche, wenn sie gleich dem einzelnen Menschen regelmässig inwohnen, doch auch ganz oder theilweise fehlen können?

Das ist das Thema einer vorbereitenden Lehre, in welcher wir es dem Gesagten zufolge vorzüglich mit dem zu thun haben werden, was man *Rechtsfähigkeit* und *Handlungsfähigkeit* zu nennen pflegt.

Dabei wird uns auch noch eine andere Frage, gleichsam die Umkehrung der obigen, beschäftigen, nämlich: gibt es neben dem einzelnen Menschen kein mögliches Rechtssubject? Zwar bleibt es immer gewiss, dass kein Rechtsverhältniss ohne Beziehung auf den Menschen gedacht werden kann. Aber kann diese Beziehung nicht eine mehr mittelbare sein? Der einzelne Mensch ist die natürliche Einheit: kann nicht durch Verbindung mehrerer Menschen eine künstliche Einheit gestiftet werden, welche mit der natürlichen gerade das gemein hätte, Subject von Rechtsverhältnissen sein zu können? Und lassen sich nicht neben jener Abstraction, wodurch wir eine Mehrheit von Menschen als eine Person denken, auch noch andere mit demselben Erfolge vornehmen?

Diese Fragen werden uns auf die Unterscheidung zwischen physischen oder natürlichen und künstlichen oder juristischen Personen führen.

Wir können diese ganze vorbereitende Lehre das *Personenrecht* nennen, d. h. die Lehre von dem Rechtssubjecte an und für sich oder von den allgemeinen Eigenschaften der Personen, welche für die Rechtsverhältnisse im Allgemeinen mehr oder weniger bedingend und bestimmend sind. Die Bezeichnung „Lehre von dem *Status*“ ist theils unrömisch, theils

entweder zu enge oder sonst zu Missverständnissen geeignet.

Aus allem Gesagten ergibt sich folgende Eintheilung des Systems, wobei die Reihenfolge der Kapitel durch die Conveniens der Darstellung und Auffassung bestimmt wird: I. Personenrecht. II. Sachenrecht. III. Obligationenrecht. IV. Familienrecht. V. Erbrecht.

---

§. 10. Ciues, Latini, Peregrini.

Die freien Menschen werden eingetheilt in *Ciues Romani*, *Latini*, *Peregrini*.

Im Privatrecht ist durch die Civität bedingt die volle Fähigkeit, in den eigenthümlich römisch gestalteten Rechtsverhältnissen Subject zu sein und die zu denselben führenden römischen Rechtshandlungen mit ihrem ordentlichen Erfolge vorzunehmen.

Der *Peregrinus* entbehrt dieser Fähigkeit ganz. Dagegen steht er dem *Ciuis* gleich in der Fähigkeit zu allen Rechtsverhältnissen und Rechtshandlungen des *Ius gentium*.

Die Latinität macht einen Mittelzustand aus, in der Art, dass sie in derjenigen Hälfte des Privatrechtes, welcher der Begriff des Eigenthums zum Grunde liegt, die Fähigkeit der *Ciues*, in der andern, welche auf Ehe und Familie beruht, die Unfähigkeit der *Peregrini* in sich schliesst. Das bedeutet der Satz, dass die *Latini* zwar *commercium*, nicht aber *connubium* haben, während der *Ciuis* beides, der *Peregrinus* keines von beiden besitzt. Doch konnte dem *Peregrinus* beides, dem *Latinus* das *connubium* individuell ertheilt werden, was besonders durch die Kaiser häufig geschah. *Ulpian.* XIX, 4.

Betreffend den Mittelzustand der Latinität vergegenwärtige man sich aus der Rechtsgeschichte Folgendes:

Die Bewohner von *Latium* waren von ältester Zeit her für die Römer ein stamm- und bundesverwandtes Volk. Ihr politisches Verhältniss bildete sich im Laufe der Zeit von einem gleichen Bündniss zu einem ungleichen mit Superiori-

tät von Rom. Im Privatrecht mögen die Latinen schon früh gewisse Vorzüge vor den übrigen Peregrinen genossen haben, die sich nicht genau bestimmen lassen, und die wohl auch nicht immer dieselben blieben. Fortwährend war ihnen aber der Uebergang zur Civität für Einzelne auf besondern gesetzlichen Wegen erleichtert. Dies Verhältniss zwischen Römern und Latinen trug sich über auf die s. g. Latinischen Colonien, welche von Rom aus nach verschiedenen Gegenden von Italien deducirt wurden, und in welche auch Römer eintreten konnten, nur dass sie dadurch die Civität verloren und *Latini* wurden. Insbesondere jene halbe Rechtsfähigkeit (*commercium*) scheint sich für diese Latinischen Colonien, wenn auch nicht für alle ganz gleichmässig, fester ausgebildet zu haben. Die Latinität war also ein bestimmt ausgeprägter und mit der erwähnten privatrechtlichen Bedeutung versehener Rechtszustand geworden, als in Folge des Bundesgenossenkrieges (*a.* 663—666.) *Latium* und die Latinischen Colonien in Italien die römische Civität erhielten, so weit sie dieselbe nicht schon vorher gehabt hatten. Jetzt hatte der Rechtszustand der Latinität sein ursprüngliches Gebiet verloren; er bestand aber noch Jahrhunderte lang durch Uebertragung fort. Gegen Ende der Republik erhielt der transpadanische Theil des cisalpinischen Galliens, dann Sicilien, die Latinität. Nach und nach auch manche Städte in andern Provinzen. Unter Sulla waren einzelne Italische Städte (z. B. *Ariminum* in Umbrien, *Volaterrae* in Etrurien) von der Civität auf die Latinität herabgesetzt worden, was freilich keinen Bestand hatte. Endlich stellte die *Lex Iunia Norbana* (unter Tiberius) eine modificirte, rein persönliche Latinität für gewisse Freigelassene, namentlich als Folge unförmlicher Freilassung, auf. Durch die bekannte Verordnung von *Caracalla* (*L.* 17. *De statu hom. Ulpian.: In orbe Romano qui sunt, ex Constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt.*) fiel später die Latinität als Attribut der Bürgerschaft ganzer Gemeinden weg, und die individuelle Latinität hob Justinian auf. *L. un. C. De lat. lib. toll.* (VII, 6.)

§. 15. Ehre und Unehre, Ignominia, Infamie.

Die Ehre, d. h. die Anerkennung seines Werthes, welche der Einzelne bei seinen Mitmenschen findet, ist von Grund aus ein Begriff, der ausserhalb des Rechtsgebietes liegt; denn nichts entzieht sich so sehr aller bindenden Regel wie die Meinung der Menschen.

Wenn nun aber diese Meinung heraus tritt zu äusserer, insbesondere zu staatlicher, Wirksamkeit, so kann diese wenigstens bis auf einen gewissen Punkt einer solchen Regel unterworfen werden, und so findet sich dann der Begriff der Ehre selbst in secundärer und untergeordneter Weise in das Rechtsgebiet gezogen.

Hierzu fand sich in der römischen Republik eine entschiedene Veranlassung eben in der grossen äussern Wirksamkeit der öffentlichen Meinung, durch welche ja mittelst der Volkswahlen alle Macht und Hoheit Einzelner im Staate bedingt war.

So bestanden zu dem Zwecke, die ihrer Natur nach unsichere und veränderliche öffentliche Meinung einiger Maassen zu leiten, zu berichtigen und in ihrer staatlichen Wirksamkeit zu regeln, zwei Anstalten, verschieden unter sich, aber doch verwandt, in einander greifend und unter denselben Magistrat gestellt: nämlich die civile Lehre von der Infamie und die freie Gewalt der Censoren.

Die Infamie beruhte auf festen, althergebrachten Regeln (*moribus*); sie ging nicht von der Willkür irgend eines Magistrates aus, und ihre Gründe mussten in einem grossen Theil der Fälle sogar gerichtlich festgestellt sein. Ihre praktische Bedeutung war umfassend und scharf bestimmt, ihre Dauer fest, lebenslänglich, unveränderlich.

Neben diesem Rechtsinstitute der Infamie stand gleichsam als Ergänzung und in milderer Anlage die den Censoren verliehene freie Gewalt, nach ihrem Gewissen Ehre und Unehre in verschiedenen Abstufungen zuzutheilen; namentlich aus Senat oder Ritterstand auszustossen, in eine geringere Tribus zu versetzen, oder aus allen Tribus zu verweisen und dadurch den Betreffenden zum *Aerarius* zu machen, wodurch

er das Stimmrecht verlor, endlich Tadel in der Form einer *Nota* bei dem Namen in der Bürgerliste auszusprechen; — aber alles dieses in abänderlicher Weise, so dass College Nachfolger, Richtersprüche, Volksschlüsse es wieder entkräften oder doch mittelbar die Entkräftung herbeiführen konnten.

Die praktische Bedeutung der wirklichen Infamie war wesentlich nichts anderes als der Verlust aller politischen Rechte bei fortdauernder Civität. Der *Infamis* wurde *Aerarius* und verlor Stimmrecht und Wählbarkeit (*suffragium et honores*). So ist die Infamie gleichsam eine halbe *capitis deminutio media*, indem sie das publicistische, nicht aber das privatrechtliche Element der Civität aufhob. Ihre Wirkung steht dem Gehalte nach gleich der äussersten Anwendung der censorischen Macht. Auch stand sie insofern unter dem Amte der Censoren, als diese sie, wenn auch nicht anzuordnen, doch dadurch gleichsam zu vollziehen hatten, dass sie ihr bei Abfassung der Senats-, Ritter-, Tribus-Listen u. s. w. Folge und Anwendung geben mussten.

Hauptzeugnisse: *Cic. p. Cluent.* 42—47. (Vgl. *p. Q. Roscio* 6., *p. Quinctio* 8. 9. 13. 15. 22.) *Lex Iulia munic. l.* 109. fgg. Dazu *Liv.* VII, 2. vgl. XLV, 15. *Val. Max.* II, 4, 4. *Augustin. de Civ. Dei* II, 13. *Tertullian. de Spectac.* 22.

Die angegebene Bedeutung der Infamie musste unter den Kaisern bald zurück treten, als die politischen Rechte der Civität verschwanden, und die alten Formen der *Tribus*, der Bürgerlisten u. s. w. nicht mehr beobachtet wurden. Jetzt blieb die Infamie nur noch in einigen mehr privatrechtlichen Nebenwirkungen bestehen, nämlich in folgenden:

1°. Der Infame durfte nur für sich und für besonders nahe Personen *postulare*, d. h. mit Anträgen vor dem Prätor auftreten; er konnte daher auch nicht *Cognitor* oder *Procurator* werden, noch eine *Actio popularis* anstellen, noch selbst einen *Cognitor* bestellen. *Vatic. Frgm.* 322—324. *Paull.* I, 2, 3. *L.* 1. *De his qui not. inf. L.* 1. §§. 5—11. *L.* 2. *L.* 3. *pr. L.* 9. *De postulando. L.* 4. *L.* 6. *De popul. act.* §. 11. *I. De exceptionibus.*

Die Ehre des Prätor und der Gegenpartei war ohne Zweifel die Rücksicht, welche dieser Beschränkung der Infamen zum Grunde lag. *L.* 6. §. 1. *L.* 7. *De postulando.*

20. Die *Lex Iulia et Papia Poppaea* verbot den Senatoren und ihren Nachkommen die Ehe wie mit Freigelassenen so auch mit gewissen verächtlichen Personen. Allen Freigebornen verbot sie die Ehe mit gewissen verächtlichen Frauen. *Ulp*. XIII, 1. 2. *L*. 43. *L*. 44. *De R. N.* — Die Doctrin führte diese Fälle auf den allgemeinen Begriff der Infamie zurück, und bezog das zwiefache Verbot auf alle im Edict als infam bezeichneten Personen. Das wurde die erste Veranlassung, die Infamie auch auf das weibliche Geschlecht zu beziehen. *L*. 43. §§. 4. 8. 12. 13. *De R. N. Ulp*. XVI, 2.

Da indessen das Eheverbot der *Lex Iulia* nicht ein absolutes war, sondern einer demselben zuwider laufenden Ehe blos die Wirkung, die Strafen des Cölibates abzuwenden, entzog, so musste es von selbst wegfallen, als diese Strafen durch Gesetze christlicher Kaiser ganz aufgehoben wurden. *Titt. Codd. Theod. et Iust. De infirm. poe. coelib.* (VIII, 16. VIII, 58.) Die Verordnung von M. Aurel aber, welche die Ehe von Senatoren und ihren Nachkommen mit Freigelassenen und einigen, aber nicht allen, infamen Personen für wirklich ungültig erklärt hatte, *L*. 16. *pr. De R. N. L*. 16. *De sponsal.* vergl. *L*. 3. §. 1. *De don. int. V. et V. L*. 27. *L*. 34. §. 3. *De R. N.*, wurde von Justinian aufgehoben. *L*. 28. *L*. 29. *C. De nuptiis. N*. 117. c. 6. — Und damit war nun auch wieder die Beziehung der Infamie auf Frauen weggefallen.

Die einzelnen Gründe und Fälle der Infamie, wie sie von Alters her bis gegen die christlichen Kaiser hin anerkannt waren, lassen sich in folgende Klassen eintheilen. (Vgl. *Lex Iul. mun.* 111. fgg. *L*. 1. *De his q. not.*)

I. Verurtheilung in einem *Iudicium publicum*; zuerst nur wegen *Calumnia* und *Praeuaricatio* im Criminalprocess, *Lex Iul. mun.* a. a. O., dann wegen *Vis priuata*, *L*. 1. *pr. Ad leg. Iul. de ui priu.*, dann wegen jeder Capitalstrafe, *L*. 1. §§. 6. 9. *De postulando*, endlich in obiger Allgemeinheit, *L*. 7. *De pu. iud. L*. 56. *Pro socio. Coll. LL. Mos.* IV, 3, 12.

An diese Fälle wurden gleichsam analog angeschlossen:

a) Schimpfliche Entlassung aus dem Heere, *L*. 1. *pr. De his q. not.*

b) Ehefrauen, die im Ehebruch ergriffen worden, *L.* 43. §§. 12. 13. *De R. N. Ulp.* XIII, 2.

c) Unbegründete Delation bei dem Fiscus, *L.* 18. §. 7. *L.* 2. *pr. De iure fisci.*

II. Verurtheilung in eigenem Namen oder Abfindung für gewisse Privat-Delicte. Dahin gehören:

a) Diebstal, Raub, Injurie, *Dolus; Gai.* IV, 182. §. 2. *I. De poe. tem. litig. L.* 4. §. 5. *L.* 6. §§. 2. 3. *L.* 14. *De his q. not. L.* 2. *pr. De obseq. par.* Der Privatklage steht in dieser Beziehung das *Crimen extraordinarium* gleich, *L.* 7. *De pu. iud. L.* 92. *De furtis. L.* 45. *De iniuriis.* Vgl. *L.* 13. §. 8. *De his q. not.* mit *L.* 2. *Stellion.*

b) Beschimpfung des *Iudex a quo* bei der Appellation, *L.* 42. *De iniuriis.*

III. Verurtheilung *(suo nomine)* aus gewissen Geschäfts-Obligationen. — Dahin gehören zunächst die *directae actiones tutelae, mandati, pro socio, fiduciae,* dann *depositi; Gai.* IV, 182. §. 2. *I. De poe. tem. lit. Cic. p. Q. Ro.* 6., *p. S. Ro.* 38. 39. *p. Caec.* 2 a. E. 3. — *L.* 1. *pr. L.* 6. §. 5—7. *L.* 7. *De his q. not.* Ausnahmsweise auch das *contrarium iudicium* (wo demselben verletzte *fides*, nicht blos Rechnungsdifferenz, zum Grunde liegt, wie z. B. bei der *Actio mandati* des Bürgen gegen den Schuldner), *L.* 6. §. 5. vgl. §. 7. *eod.*

Angeschlossen wird hier noch die Absetzung des Vormundes als *suspectus.* §. 6. *I. De susp. tut. L.* 3. §. 18. *eod.*

Die bisherigen drei Klassen, besonders aber die beiden ersten, wurden dann unter den christlichen Kaisern mit einer Menge einzelner Fälle, die sich unter keiner gemeinsamen Idee vereinigen lassen, willkürlich vermehrt, wie Verletzung eines beschworenen Vergleiches oder Nachlassvertrages, *L.* 41. *C. De transactt.*, Amtsvergehen von Richtern, *L.* 2. *C. De poen. iud.* (VII, 49.) *L.* 1. *C. De custod. reor.* (IX, 4.) *L.* 8. §. 2. *C. Ad leg. Iul. maie.* (IX, 8.) und von Advocaten, *L.* 6. §. 1. *C. De postul.* (II, 6.), Missbrauch der Appellation, *L.* 19. *C. De appell.* (VII, 62.), unerlaubte Supplication, *L.* 3. *C. Ut lite pend.* (I, 21.), *L.* 5. §. 2. *C. Ad leg. Iul. mai.*, auch Anfechtung oder Ausdehnung von kaiserlichen Privilegien, *L.* 2. *C. De LL.* (I, 14.); ferner Zinswucher, *L.* 20. *C. Ex*

quib. cau. infa. (II, 12., noch von *Diocletian. et Maxim.*) Endlich Beleidigung, Beraubung, Beschädigung eines Scholaren nach *Auth. Friderici I. Habita C. Ne fil. p. patre* (IV, 13.), so wie Beschädigung und Raub von Ackergeräth, *Auth. Frid. II. Agricultores C. Quae res pignori* (VIII, 17.). — Durch das canonische Recht kam noch die Blutschande hinzu, *can.* 3. *Ca.* 3. *Qu.* 4, *can.* 2. *Ca.* 35. *Qu.* 2. 3., und durch Reichsgesetze der Meineid, *C. C. C. Art.* 107., Amtsvergehen der Notare und Richter durch Aufnahme einer Cession von Juden an Christen, R. A. von 1551. §. 80., und dergleichen.

IV. Das Concursverfahren, wenn es bis zu einem gewissen Punkte fortgeschritten ist (nämlich *si bona ex Edicto dies* XXX. *possessa sunt. Gai.* II, 154. III, 79. IV, 102., *Lex Iul. mun.* 115—117. *Cic. p. Quinctio* 8. 15. 27. (Vgl. darüber *Keller, Semestria ad M. Tullium* I, 1, 6. S. 100. ff. und die daselbst angeführten Schriftsteller.)

V. Gewisse Unordnungen in Beziehung auf Ehe, nämlich:

a) Verletzung der Trauerzeit von 10 Monaten seit dem Tode des Ehemannes von Seite der Wittwe durch Eingehung einer neuen Ehe. Dafür traf die Infamie den neuen Ehemann, oder, wenn er *in patria potestate* steht, seinen Vater, ausserdem auch den Vater, welcher über die Wittwe *patria potestas* hat. Erst später (seit der *Lex Iulia*, s. oben *b.* §.) auch die Wittwe selbst. *L.* 1. *L.* 8. *L.* 11. §. 1. *L.* 12. *L.* 13. *pr. L.* 23. *De his q. not. L.* 15. *C. Ex quib. cau. infa.* (II, 12.) *Vat. Fragm.* 320. — Der Grund dieser Regel lag in der Rücksicht auf die *Turbatio sanguinis*, daher dieselbe auch cessirte, wenn die Wittwe nach dem Tode des Mannes früher niederkam. *L.* 11. §. 1—3. *De his q. not.* Auch konnte vom Kaiser Dispensation von der Trauerzeit erlangt werden. *L.* 10. *pr. eod.* Die Infamie wegen verletzter reiner Trauer für Mann, Eltern und Kinder, *Vat. Fragm.* 320. fgg. *L.* 11. *pr. L.* 25. *pr. L.* 9. *pr. De his q. not. Festus u. Minuitur. Plutarch in Numa* 12. *Sen. Ep.* 63., wurde durch ein *SC.* aufgehoben, *L.* 15. *C.* und *L.* 23. ff. *cit.* —. Vergl. *Paull. R. S.* I, 21, 13. 14.

b) Doppelehe, mehrfache Sponsalien, Ehe und Verlöbniss zugleich. Die Infamie trifft den Mann oder seinen

Vater, später auch die schuldige Frau. *L.* 13. §§. 3. 4. *De his q. not.* *L.* 18. *C. Ad leg. Iul. de adult.* (IX, 9.). §. 7. *I. De nuptiis.*

c) Ehe des Vormundes oder seines Sohnes mit der Mündel vor abgelegter Rechnung, *L.* 66. *De R. N.* *L.* 7. *C. De interdic. matrim.* (V, 6.)

VI. Unehrbare Gewerbe, namentlich

a) Gewerbsmässige Unzucht der Weiber (*corpore vulgo, palam quaestum facere*) *L.* 24. *De his q. not.* *L.* 43. *pr.* §. 6. *De R. N.* *Ulp.* XIII, 1.

b) Dieselbe bei einem Manne (*muliebria pati*). *Lex Iul. mun.* 122. f. *L.* 1. §. 6. *De postul.* *L.* 31. *C. Ad leg. Iul. de adult.* (IX, 9.) Nach dem Edict selbst ohne Rücksicht auf Geldgewinn und Gewerbe.

c) Gewerbsmässige Kuppelei (*lenocinium*) für beide Geschlechter. *Lex Iul. mun.* 123. *Ulpian.* XIII, 2. *L.* 1. *pr.* *L.* 4. §§. 2. 3. *De his qui not.* *L.* 43. §. 6. fgg. *De R. N.* Vergl. *Sueton. in Tib.* 35. und dazu *L.* 47. *De R. N.* *L.* 10. §. 2. *L.* 13. *pr.* §. 2. *Ad leg. Iul. de adult.* *Sueton. in Domit.* 8. *L.* 41. §. 1. *De test. mil.* *L.* 14. *De his quae ut indign.*

d) Wer sich zu Thierkämpfen vermiethet (auch ohne aufzutreten) und wer in einem Amphitheater zum Thierkampfe auftritt (wenn auch ohne Lohn) *Lex Iul. mun.* 112 f. *L.* 1. §. 6. *De postulando.*

e) Das Auftreten als Schauspieler (*qui artis ludicrae pronunciandive caussa in scenam prodierit*) und das Gewerbe des *Lanista* (Unternehmers, Drillmeisters und Directors von Gladiatoren.) *Lex Iul. mun.* 123. (*quive lanistaturam artemve ludicram fecit fecerit*) *L.* 1. *pr.* vgl. *L.* 4. *pr.* §. 1. *De his qui not.* *Sueton. in Tiber.* 35. *Macrob. Saturn.* II, 10. *Ulpian.* XIII. *L.* 44. *pr. De R. N.* *L.* 4. *De accus.* *L.* 24. *pr. Ad leg. Iul. de adult.* *Cic. p. Quinctio* 25. *p. Q. Ro.* 6. *de petit. cons.* 3, 10. u. dgl. m.

Alle aufgezählten Gründe der Infamie haben das gemein, dass es immer eine eigne Handlung war, woran sich die Infamie knüpfte, und zwar die Handlung selbst, niemals aber die darauf folgende Strafe.

Im Justinianeischen Rechte ist von der praktischen Bedeutung der Infamie nichts übrig geblieben, als die beschränkte

Fähigkeit, für Andere postulirend vor Gericht aufzutreten. Auch dieser Rest ist aber nicht auf die neuere Zeit übergegangen, weil sich hier Advocatur und Procuratur in einer ganz andern Weise als bei den Römern organisirt findet. Die moderne Lehre von Ehre, Ehrlosigkeit u. dgl. ist germanischen und nicht römischen Ursprungs, wenn gleich das römische Recht in Folge von Missverständniss darauf mancherlei Einfluss ausgeübt hat.

Ueber diese ganze Lehre s. *v. Savigny*, System des heut. R. R. II. §§. 76—83. und Beilage VII.

---

§. 19. Puberes und Impuberes.

Die Römer unterschieden *Puberes* (bei dem weiblichen Geschlechte auch *uiripotentes*) und *Impuberes*, welche Worte schon zeigen, dass die Geschlechtsreife den Gegensatz bestimmte (*Plin. H. N.* XXI, 97. *hyacinthus illita pubertatem coercet et non patitur erumpere*, das. XI, 112. *Vox roboratur* XIV. *annis*, u. s. w.) Dieselbe ist in jedem einzelnen Falle ein körperliches Geheimniss, und scheint sich zur juristischen Ausmittelung wenig zu eignen. So begnügte man sich denn vorerst bei dem weiblichen Geschlechte von jeher mit einer durchschnittlichen Beobachtung, und nahm gemäss derselben das vollendete zwölfte Jahr als feste Altersgrenze an.

Bei dem männlichen Geschlechte scheint man eine allgemeine Sitte des täglichen Lebens für Erlangung eines ähnlichen Durchschnittes zur Vermittelung genommen zu haben.

Der Knabe pflegte nämlich seinen Eintritt in's Jünglingsalter damit zu bezeichnen, dass er die *Toga praetexta* (Kleid mit dem Purpursaum) mit der *Toga uirilis* vertauschte. Das geschah öffentlich und feierlich, an einem für Alle bestimmten gemeinsamen Tage, dem Feste der Liberalien (17. März. *Ouid. Fast.* III., 771—788.) Der nächste solche Jahrestag nach dem zurückgelegten vierzehnten Jahre scheint für diese Handlung der gewöhnliche Zeitpunkt gewesen zu sein, obgleich für die Individualität und für die häusliche

Conveniens dabei freier Spielraum gegeben war; *Schol. ad Iuuenal.* X, 99. *ed. Cramer, p.* 605. (Vgl. *Censorin. de die nat.* 14. *Seruius ad Aen.* IV, 653. *Gell.* X, 28. Beispiele: *Sueton. in Octauian.* 8. *in Calig.* 10. *Capitolin. in Marco* 4.)

Mit diesem Zeitpunkte scheint denn auch die juristische Pubertät, d. h. die Grenze zwischen Handlungsfähigkeit und Handlungsunfähigkeit, verbunden gewesen zu sein, und es war ein unverkennbarer Vortheil, dass man diese rechtliche Eigenschaft Jedem schon am Kleide ansehen konnte. So brauchte man auch die verschiedenen Ausdrücke für jenen Wechsel der Kleidung, für den Eintritt der Pubertät und für die Beendigung der Tutel als völlig gleichbedeutend, z. B. *uesticeps* und *pubes*, *praetextatus* oder *inuestis* und *impubes*, *L.* 3. §. 6. *De lib. exhib. Gell.* V, 19. (*arrogari non potest nisi iam uesticeps*). *Schol. in Iuuenal.* a. a. O. *Festus v. Bulla* (*insigne erat puerorum praetextatorum* ... *ut significaretur, eam aetatem alterius regendam consilio.* Ableitung von βουλή.)

Jene Sitte musste nun aber, wenigstens als eine allgemeine, von selbst wegfallen, als die *Toga*, die alte Römertracht, schon im Anfang der Kaiserregierung der Mode erlag und die Concurrenz der *Paenula* (eines engen Rockes, der früher mehr als Reisekleid diente) dulden musste. *Dial. de cau. corr. eloq.* 39. (*quantum humilitatis putamus eloquentiae attulisse paenulas istas, quibus astricti et uelut inclusi cum iudicibus fabulamur!*)

Mit jener Sitte war das äussere Kennzeichen der Pubertät und ihres Anfangs weggefallen, und der letztere musste nun selbständig fixirt und an eigne Bedingungen geknüpft werden. Sehr natürlich, dass man diese in denselben Dingen suchte, welche bisher durchschnittlich die Zeit des *uirilem togam sumere* bestimmt hatten, d. h. in der körperlichen Reife und in dem angetretenen fünfzehnten Lebensjahre oder dem Alter von zurückgelegten 14 Jahren. (Ueber beides hatten schon die griechischen Aerzte und Philosophen verhandelt, s. *Schrader ad pr. I. Quib. mod. tut. fin.*)

Ob aber das eine oder das andere oder beides zugleich als Bedingung der Pubertät gelten sollte, darüber scheint alsobald eine Meinungsverschiedenheit eingetreten zu sein.

Die Sabinianer sahen auf die Reife, die Proculianer auf die Jahre, *Gai.* I, 196. *Ulp.* XI, 28. *Quinctilian.* IV, 2, 5. *(pubertas annis an habitu corporis aestimetur.) Isidor. Orig.* XI, 2. *(pueritia, id est pura (aetas) needum ad generandum apta, tendens usque ad decimum quartum annum)*, und *(Iauolenus) Priscus* förderte beides zugleich. *Ulp.* XI, 28. Vergl. *Seru. ad Aen.* VII, 53. *Iam matura uiro iam plenis nubilis annis (Non est iteratio, sed secundum ius dictum: in quo et ex annorum ratione et ex habitu corporis aetas comprobatur; primum ergo ad habitum, secundum ad annos pertinet;* was zu Schilling's Conjectur, *plerisque* bei Ulpian a. a. O. besser passt als die wirklichen und vermutheten Schriftzeichen.) Justinian, *in pr. I. Quib. mod. tut. fin.* (Vgl. *L.* 3. *C. Quan. tut. e. desin.* V, 60.) billigt die Meinung der Proculianer.

Wenn nun aber gleich die Pubertät und Impubertät als der einzige ursprüngliche Gegensatz anzusehen ist, von welchem in Beziehung auf das Alter die Handlungsfähigkeit abhing, so hat doch im Verlaufe der Zeit weder die Handlungsfähigkeit der *Puberes* noch die Handlungsunfähigkeit der *Impuberes* in dieser absoluten Art fortgedauert, sondern es sind die zwei weitern Eintheilungen entstanden:

A) der *Impuberes* in *infantes* und *qui fari possunt*,

B) der *Puberes* in *minores* und *maiores* 25 *annis*.

Unter dem *fari* (*litt.* A.) verstand man aber nicht schon jene ersten Versuche des physischen Sprachvermögens (*Plin.* XI, 112. *primus sermo anniculo est*), sondern die etwas höhere Fähigkeit, ordentliche Gedanken in einem gewissen Zusammenhange auszusprechen (*Plin.* XI, 65. *septimo ferme anno lingua sermonem exprimit*), wozu bereits ein gewisser Anfang von Geistesentwickelung gehört. Als festen Grenzpunkt nahm man durchschnittweise für die *Infantia* in diesem Sinne das vollendete siebente Jahr an, *Isidor. Orig.* XI, 2. (vgl. mit *Plin. H. N.* VII, 15. XI, 65. 87.) *Macrob. in Somn. Scip.* I, 6. *Quinctilian.* I, 1, 15. *L.* 14. *De sponsal. L.* 1. §. 2. *De admin. tut. L.* 8. *C. Th. De matern. bon.* (VIII, 18.) *L.* 18. *pr.* §. 4. *C. De iur. delib.* (VI, 30.)

Was ist nun aber die practische Bedeutung dieser Altersgrenze?

Die Handlungsunfähigkeit der *Impuberes* ist lediglich zu ihrem eignen Vortheil vorgeschrieben, damit sie nicht durch ungeschickte Rechtsgeschäfte sich selbst in Schaden bringen. Nun ist es aber doch denkbar, dass ein Unmündiger einmal ein ganz vortheilhaftes Rechtsgeschäft eingeht. Warum soll dieses nicht gelten? Vorausgesetzt natürlich, dass er geistig so weit entwickelt ist, um von einem Rechtsgeschäfte überhaupt und von dem in Frage stehenden insbesondere wenigstens einigen Begriff zu haben.

Ausserdem ist noch ein zweites zu berücksichtigen.

Die beschränkte Handlungsfähigkeit des Unmündigen wird durch den Vormund ergänzt. Das kann in zwiefacher Art geschehen, entweder so, dass dieser ohne alle eigne Thätigkeit des Mündels von Grund aus für ihn handelt *(gestio)*, oder so, dass er diesen unter seiner Aufsicht, Berathung, Genehmigung selbst handeln lässt *(auctoritas)*. Die Römer hatten nun ihre guten Gründe, dieser letztern Art, so weit es nur irgend anging, den Vorzug zu geben; was wieder seine Grenze fand in dem vorhin bezeichneten Grade geistiger Entwickelung.

In den angegebenen zwei Punkten liegt die practische Bedeutung der Altersgrenze von 7 Jahren, indem von da an jedes Rechtsgeschäft des Pupillen als gültig angenommen wurde unter der alternativen Bedingung, dass es für ihn vortheilhaft oder dass es mit der *Auctoritas* des Tutor eingegangen sei. *pr. I. De auctor. tut.* §§. 9. 10. *I. De inut. stip. Gai.* III, 107. 109. *L.* 5. *De R. I. L.* 1. §. 13. *De O. et A. L.* 70. *De V. O.* — Zweiseitige Geschäfte, welche der Pupill ohne *Auctoritas* des Tutor geschlossen hat, werden in Folge dieser Regel von selbst s. g. *claudicantia*, *hinkende*, indem es von dem Tutor abhängt, ob sie ganz, d. h. beiderseitig, stehen oder fallen sollen. *L.* 5. §. 1. *De auctor. tut. L.* 13. §. 29. *De A. E. V.*

Wie endlich wenn der Unmündige ein Delict begeht?

Es versteht sich, dass ein solches für den *Infans* keine rechtlichen Folgen haben kann, weil ihm die Fähigkeit gehöriger Unterscheidung zwischen Recht und Unrecht noch fehlt. Ueber die *Infantia* hinaus wird aber solche Zurechnung schon mehr und weniger zweifelhaft und stellt sich je

nach der Individualität des Vergehens und des Thäters verschieden, sie wird also zu einer *Quaestio facti* für den einzelnen Fall. Doch wird man eher geneigt sein, die Zurechnung zu statuiren, wenn der *Impubes* dem Alter der Pubertät schon sehr nahe ist, dagegen sie auszuschliessen, wenn er noch an der Grenze der *Infantia* steht. In dieser Beziehung wird mehr und weniger eine Art von Präsumtion mit Vorbehalt des Gegenbeweises statthaft sein, während in dem mittlern Theil des Zeitraumes zwischen 7 und 14, *resp.* 12 Jahren die Zurechnung ganz von Grunde aus dem Beweise anheimgestellt bleibt. §. 18. *I. De obl. q. ex del. L.* 13. §. 1. *L.* 14. *De dolo. L.* 5. §. 2. *Ad leg. Aq. L.* 23. *De furtis. L.* 111. *pr. De R. I.* Den Delicten wird in dieser Rücksicht der *Dolus* bei Geschäftsobligationen gleich gestellt. *L.* 1. §. 15. *Depositi L.* 3. §. 2. *De trib. act. L.* 46. *De O. et A.*

Mit diesem Verhältniss hangen die Begriffe des *Infantiae proximus* und des *Pubertati proximus* zusammen, welche auf die nächste Zeit (etwa 1 Jahr oder etwas mehr) nach der *Infantia* und vor der *Pubertas* zu beziehen sind, *Serv. ad Bucol.* VIII, 39. *(Alter ab undecimo tum me iam ceperat annus; i. e. tertius decimus. Alter enim de duobus dicimus ... Et uult significare iam se uicinum fuisse pubertati, quod de duodecimo anno procedere non potest)*, und aus welchen man in neuerer Zeit ohne allen Grund einen weitern erschöpfenden Gegensatz hat machen wollen, kraft dessen alle *Impuberes* über 7 Jahre *(infantia maiores)* sich in *Infantiae proximi* und *Pubertati proximi* theilen würden, je nachdem ihr Alter unter oder über 10½, *resp.* 9½ Jahren stände.

Uebrigens gab es eine ältere Zeit, in welcher man die Fähigkeit der *Impuberes infantia maiores*, unter *Auctoritas tutoris* alle Rechtsgeschäfte (ohne Unterschied zwischen vortheilhaften und nachtheiligen) einzugehen, noch nicht in der Allgemeinheit, wie sie oben ausgesprochen wurde, anerkannte (*dd.* §§. 9. 10. 107 *L.* 1. §. 13.; und dazu *L.* 6. *Rem pup. sal. fo. L.* 9. *De A. u. O. H.)*, und damals hätten die Begriffe *Pubertati* und *Infantiae proximus* auch auf Rechtsgeschäfte dieselbe Anwendung gefunden, welche nachher blos noch bei den Vergehen, wie dargestellt, übrig blieb.

Noch ist folgendes zu beachten:

1°. Der Unmündige unter väterlicher Gewalt unterscheidet sich von dem *Impubes sui iuris* dadurch, dass seine fehlende Handlungsfähigkeit nicht etwa durch *Auctoritas patris* ergänzt werden kann, wie die des letztern durch *Auctoritas tutoris*. Die Vermögensfähigkeit war hiefür bedingend. §. 10. *I. De inut. stip. L.* 141. §. 2. *De V. O.* (Besonderer Fall: *L.* 2. §. 1. *De pollic.*)

2°. *Spadones* sollten nach der Meinung der Sabinianer die Altersreife zu der Zeit erlangen, in welcher bei Andern durchschnittlich die Geschlechtsreife eintritt. Bei der Meinung der Proculianer fiel diese Frage von selbst weg. *Gai.* I, 196. Vgl. *Paull.* III, 4 *A*, 2. (wo der Beisatz: „*i. e. anno* XVIII." entweder Corruptel aus XIIII. oder Glossem oder Interpolation zu sein scheint. A. M. ist *v. Savigny* Syst. III. S. 76. unter Anführung von *L.* 5. *C. Qui test.* VI, 22. u. a. m.)

3°. Der Begriff der *plena pubertas* für das Alter von 18 Jahren hat mit der Pubertät mehr das Wort als die Sache gemein, denn er enthält gar keine Beziehung auf Handlungsfähigkeit, sondern wird einzig erwähnt als nothwendige Alters-Differenz zwischen Vater und Kind bei der Adoption. §. 4. *I. De adoptt. L.* 40. §. 1. *eod.* Vgl. *Gai.* I, 106.

Eben so wenig gehören hieher die 17 Jahre, welche nach *L.* 1. §. 3. *De postul.* zum Postuliren, die 18, welche nach *L.* 57. *De re iud.* für das Amt des *Iudex*, die 20, welche für Freilassung und für Zurechnung des *uendi se pati* von Seite eines Freien erforderlich waren, *Gai.* I, 38. 40., §. 4. *I. De iur. pers.*, noch die Erstreckung der von Trajan für *Impuberes* gestifteten Alimente auf 18 und 14 Jahre durch Hadrian, *L.* 14. §. 1. *De alim. leg.*

Merkwürdig ist endlich die politisch-militärische Altersgrenze von 17 Jahren, worüber *Gellius* X, 28. aus dem Alterthum (der Zeit von *Seruius Tullius*) berichtet. Allein *v. Savigny* a. a. O. S. 58. scheint sich mit Recht gegen den Schluss zu erklären, wonach dieses einst auch die Grenze für die privatrechtliche Handlungsfähigkeit gewesen wäre.

§. 25. Wesen und Arten der juristischen Personen.

Es wurde oben (§. 1.) davon ausgegangen, dass der Mensch das natürliche und eigentliche Rechtssubject ist, und dass es keine Rechte gibt, die sich nicht mittelbar oder unmittelbar auf Menschen bezögen.

Gewöhnlich beziehen sich in der That die Rechte auf einen einzelnen Menschen als auf ihren Inhaber, sie stehen diesem zu, sind um seinetwillen da, dienen seinen Zwecken und haben ausser ihm und seinem Nutzen keine höhere Bestimmung; sie sind seiner Persönlichkeit rein untergeordnet. Dabei haben wir jetzt ausschliesslich Vermögensrechte im Auge.

Das kann nun aber ausnahmsweise auch anders sein, und solche Ausnahmen finden sich vorzüglich bei den menschlichen Verbindungen. Nicht bei allen, sondern nur bei einer bestimmten Klasse, die durch besondere, seltnere Merkmale ausgezeichnet ist. Nicht z. B. bei blossen Societäten, denn ob hier gleich gemeinsame Rechte entstehen, so dass nicht jedes sich ganz auf einen einzelnen Menschen bezieht, so bleibt doch die Persönlichkeit der einzelnen Inhaber vorherrschend, und die Rechte selbst erhalten dadurch subjectiv nichts eigenthümliches oder interessantes, dass sie den einzelnen *Sociis* nicht ganz, sondern nur zu einer bestimmten Quote gehören.

Aber es gibt menschliche Verbindungen einer höhern Art, bei welchen die Persönlichkeit der Einzelnen mehr zurück tritt, indem die Verbindung sich einen Zweck vorsetzt, der das Leben und die Wirksamkeit der jetzigen Mitglieder weit überdauert und auch die künftigen Generationen in Anspruch nimmt, und indem sie sich desswegen in ihren Gliedern, in ihren ökonomischen Mitteln, in ihrer ganzen Verfassung so einrichtet, dass ihre (der Verbindung) Existenz und Wirksamkeit nicht allein von den Privatzwecken der einzelnen Mitglieder, sondern auch von deren Lebensdauer und Individualität möglichst unabhängig wird. Die Verbindung und ihr Zweck dienen hier zunächst nicht den Einzelnen, sondern diese erscheinen als jenen untergeordnet.

Soll der Zweck dem Ganzen, der Gesammtheit und nicht den Einzelnen angehören, so muss dies auch bei den Mitteln der Fall sein. Als solche erscheinen die verschiedenen Vermögensrechte. Wie die Verbindung einen Gesammtzweck hat, getrennt von jedem Privatzwecke, so muss sie auch ein Gesammtvermögen haben, getrennt von jedem Privatvermögen, so dass kein einzelner Mensch dasselbe ganz oder theilweise als sein Vermögen betrachten kann.

Das ist der Sinn des Satzes, dass das Recht in einer solchen Verbindung ein eignes, neues, künstliches Rechts- und Vermögenssubject anerkennt. Die Verbindung, die Gesammtheit selbst kann Vermögensrechte haben; ihre Herrschaft über ihre Mittel soll eine unmittelbare, nicht, wie bei der Societät, eine durch die Rechtssphäre der einzelnen Mitglieder vermittelte sein.

Die Verbindungen der bezeichneten Art heissen *Corporationen* im Gegensatze blosser Societäten und anderer Verbindungen niedrigerer Art, welche kein neues Rechtssubject begründen.

In der Wirklichkeit finden sich nun solche Corporationen zum Theil so alt, dass sie gleichsam durch die Natur gegeben scheinen, wie z. B. Stadt- und Dorfgemeinden. Andere sind mehr augenscheinlich durch menschliche Willkür gestiftet.

Allein ausser den Corporationen gibt es noch andere juristische Personen, deren rechtliches Dasein noch künstlicher zu Stande kommt, indem ein Rechtssubject entsteht, welches von einem einzelnen Menschen, der gewöhnlichen physischen Person, noch entfernter, und zugleich noch idealer und unsichtbarer ist als die Corporation. Gehen wir, um sie zu finden, von den Corporationen aus, welche durch menschliche Willkür gestiftet sind.

Gleich wie eine Anzahl von Menschen sich zu einem bestimmten Zwecke vereinigen, ein Corporationsvermögen begründen, besitzen und als Mittel verwenden, dabei sich eine Verfassung geben kann, durch welche das Fortbestehen der Verbindung über den Tod der jetzigen Mitglieder hinaus gesichert, für stete Personal-Erneuerung gesorgt, und so die bleibende Förderung des Verbindungszweckes möglich ge-

macht wird: so kann auch ein einzelner Mensch (oder eine Mehrheit, z. B. eine Familie, ohne sich zu einer dauernden Personal-Verbindung zu gestalten) sich einen Zweck vorsetzen, den er für immer, auch für die ganze Folgezeit nach seinem Tode, fördern will, und zwar so, dass er zu diesem Behufe einen Theil seines Vermögens unmittelbar und bleibend widmet, dafür besondere Verwaltung anordnet, und denselben, ohne seine Erben oder andere Personen, etwa als Fiduciare und Obligirte, in's Mittel zu ziehen, so zu sagen mit diesem Vermögen aussteuert. So sind Hospitäler, Museen und viele andere wohlthätige und gemeinnützige Anstalten gestiftet worden. Auch zu diesem Behufe lässt das Recht die Entstehung eines neuen Rechtssubjectes zu, das Vermögen haben und weiter erwerben kann.

Hier pflegt man von *Stiftung* in einem engern Sinne zu sprechen, in welchem sogar die Stiftung selbst als das künstliche Rechtssubject gedacht wird.

Mit diesem Rechtssubject befinden wir uns also noch in einem höhern Grade im Gebiete der Abstraction als bei der Corporation; denn während wir uns bei dieser von der natürlichen Erscheinung, d. h. von dem einzelnen Menschen als Rechtssubject, nur so weit entfernen mussten, dass wir statt dessen den Inbegriff einer Mehrheit von Menschen uns vorstellten; und während wir diese Mehrheit von Menschen zugleich so organisirt fanden, dass sie sich als sichtbare Repräsentanten und mögliche Geranten des unsichtbaren Rechtssubjectes von selbst darstellte: so fehlt uns dagegen bei der Stiftung nicht blos eine solche Versinnlichung des Rechtssubjectes selbst, sondern auch ein solcher von selbst gegebener Gerant, und wir bedürfen vielmehr einer künstlichen Anordnung von Seite des Stifters oder anderswoher, um einen solchen Geranten zu finden.

§. 29. Res corporales, incorporales.

Wenn wir von dem einfachen Begriffe der *Sache*, als eines begrenzten Stückes der unfreien Natur, ausgehen, so

muss die vorliegende Eintheilung als etwas schiefes und uneigentliches erscheinen. Denn jede Sache ist nothwendig etwas körperliches, so gewiss, als jedes Recht etwas unkörperliches ist. (Eigenthum an einem Haus und ein Wegrecht über ein Feld sind doch beide unkörperliche Rechte an einer körperlichen Sache.)

Dennoch ist die Eintheilung unter dem Gesichtspunkte eines uneigentlichen Sprachgebrauches wohl zu begreifen. Das Eigenthum als die Totalität aller möglichen Rechte an einer Sache pflegt mit dieser identificirt zu werden (wir sagen ja auch: *ich habe ein Haus*, d. h. das Eigenthum daran), während dies bei einem beschränkten Rechte niemanden einfällt.

Bei den Römern erhielt dieser Sprachgebrauch überdies eine Art von Legalisirung durch die gemeinsame Anwendung der *Actio in rem* (als *Legis actio* und als *Formula petitoria*) auf Eigenthum, Servituten und Erbschaften (*fundum actoris esse*, *usumfructum actoris esse*, *hereditatem actoris esse*), wonach es sich noch leichter begreift, dass man diese Dinge, welche in der *Actio in rem* (z. B. *formula petitoria* für *Rei vindicatio*, *actio confessoria* und *hereditatis petitio*) dem Kläger zugeschrieben werden, als *Res* mit einander verglich, und dabei in dem ersten eine *corporalis*, in jedem der beiden letzten eine *incorporalis res* erkannte. Hatte man aber einmal diesen Gegensatz, so ist es sehr natürlich, dass man nun auch noch die Obligationen in denselben hineinzog, wobei sie von selbst den *Res incorporales* zufallen mussten. Vgl. auch *L.* 1. §. 1. *De R. D. Ulp.* XIX, 11.

Richtiger ist an und für sich die Eintheilung bei Cicero in *Top.* 5. in *Res* (Dinge) *quae sunt*, d. h. Sachen, und *Res quae intelliguntur*, d. h. Begriffe.

---

§. 35. Res mancipi, nec mancipi.

Der Sinn dieser Eintheilung beruht auf folgenden drei Punkten:

1°. Was hängt rechtlich davon ab, ob eine Sache *mancipi* oder *nec mancipi* sei?

2º. Welche Sachen gehören in die eine, welche in die andere Klasse?

3º. Warum dieses? (Theilungsgrund.)

Zu 1. Nur die *R. m.* sind der Mancipation fähig. Daraus war schon zur Zeit der classischen Juristen der Satz geworden: Das volle römische Eigenthum kann an einer *R. m.* nur auf civilem Wege, an einer *R. n. m.* dagegen auch auf naturalem Wege (durch eine Handlung des *ius gentium*) erworben werden. *Cic.* in *Top.* 5. a. E. 10, 45. (und *Boethius* zu *d. c.* 5.; *Orell. p.* 321, 43.

Zu 2. *Praedia in Italico solo, seruitutes praediorum rusticorum, serui,* ingleichen *boues, equi, muli, asini.* Diese vier Arten von Thieren begreifen die einheimischen Zug- und Lastthiere (*quadrupedes quae dorso colloue domantur*), so dass Elephanten und Kamele, auch nachdem sie als gezähmte Hausthiere in Gebrauch gekommen waren (*Plin. H. N.* VII, 45. VIII, 2. 6. 7. X, 62. XXXIV, 10. *Colum.* III, 8, 3. — *Plin. H. N.* VII, 26. Ueber gezähmte Löwen und Tiger s. das. VIII, 21. 25.) fortwährend ausgeschlossen blieben. Ob übrigens die erstern schon von Geburt an *R. m.* seien, oder es erst theils durch die Dressur, theils durch Erreichung des zur Dressur geeigneten Alters werden, war zwischen den Sabinianern und Proculianern bestritten. *Gai.* a. a. O. *Ulpian.* XIX, 1. *Isidor. Or.* IX, 4.

Zu 3. Ueber diese stets bestrittene Frage sind in älterer und neuerer Zeit folgende verschiedene Meinungen geltend gemacht worden:

a) Die *R. m.* sind die werthvollern Sachen des täglichen Verkehres. *Cuiac. Trekell. Zachariae.* Zu beachten ist, dass *Gai.* I, 192. wirklich von *res pretiosiores* mit Hinsicht auf die *R. m.* spricht. Vgl. auch *Plin. H. N.* IX, 58., dazu aber Dirksen, Huschke, Rudorff.

b) *R. m.* sind vorzugsweise individuell erkennbare Sachen. Rossmann. Zu beachten ist, dass unter den landwirthschaftlichen Hausthieren allerdings jene vier Arten mehr individuell behandelt werden (*Plin. H. N.* X, 83. *equae domitae — gregales*), dagegen Schafe, Ziegen, Schweine mehr generell.

c) Die unter *litt.* a. und b. angegebenen Merkmale werden verbunden angenommen von Hugo und Ballhorn-Rosen.

d) *R. m.* sind die für den Ackerbau wichtigern Sa-

chen, also auch die werthvollern, mit Rücksicht auf das hohe Ansehen des Ackerbaues bei den Römern: *Meerman*, *Bynkershoek*, Schweppe, Tigerström, Walter. — Dieses Merkmal mit demjenigen unter *litt.* a. verbunden: Schilling.

e) Die *R. m.* machen das alte steuerbare und in dem Census angeschlagene quiritarische Eigenthum aus, so dass es früher noch andere *res mancipi* gegeben haben müsste: Niebuhr, Göttling, v. Vangerow, Pufendorf. Vergl. *Cic. p. Flacco* 32, 8. *(Illud quaero, sintne ista praedia censui censendo; habeant ius civile; sint necne sint mancipi; subsignari apud aerarium, apud censorem possint.)*

f) *Res mancipi*, d. h. *manu captae*, welche als Beute an den Staat und von diesem durch Verkauf wieder an Privaten gelangten: Manhayn, Schröter, Puchta. Letzterer hat diese Ansicht dahin weiter ausgebildet: Die Beute, welche zum öffentlichen Verkauf kam (*sub hasta* mit Addiction durch den Magistrat), bestand von Altersher wesentlich aus Gefangenen und weggetriebenem Grossvieh (eben jenen vier Arten, nicht Schmalvieh, *Lex Thoria c.* 10.: *Boves, equos, mulos, asinos pecudesve minores*), und hiess vermuthlich *mancipium*. Wie die Erbeutung selbst durch *manu capere* geschah, so auch der öffentliche Verkauf, indem der Käufer die Sache ergriff und das Geld dafür zuwägen liess. Dieselbe Form galt dann auch für weitere Veräusserung durch den Käufer, nur dass das Volk nicht mehr effectiv, sondern nur durch die fünf Mancipationszeugen als seine Repräsentanten beiwohnte. Dass die Beute gleichsam eine Normal-Erwerbsart des Eigenthumes begründete, wird noch von *Gaius* IV, 16. angedeutet. So konnte gar wohl auch die Form des Verkaufs der Beute zum Vorbilde genommen werden für die Form des Verkaufs derselben Arten von Sachen im weitern täglichen Verkehre: und das um so mehr in einer Zeit, als die *In iure cessio* noch für alle Sachen die ordentliche Uebertragungsform war, und der formlosen Tradition noch bei gar keiner Art von Sachen irgend welche civilrechtliche Wirkung zugeschrieben wurde. So erschien also die Form der *Mancipatio* ursprünglich als eine den *Res mancipi* eigenthümliche Erleichterung des Verkehres, indem dadurch Uebergang des Eigenthums ohne Angehung des Magistrates möglich wurde. Gerade

diese Erleichterung wurde dann später auch den Grundstücken und gewissen damit verbundenen Rechtsamen zugewendet, so dass sie nun auch in die Klasse der *R. m.* eintraten; wie man denn später ebenfalls auf positivem Wege die Form der Mancipation auch bei der Testamentserrichtung anwendbar machte. Erst im weitern Verfolge liess man bei den *Res nec mancipi* die Tradition mit civiler Wirkung zu, und nun erst bekamen diese für civile Veräusserung mehr Leichtigkeit und weniger Garantie, indem man zwischen der strengsten Form *(in iure cessio)* und gänzlicher Formlosigkeit *(traditio)* die Wahl hatte, dagegen bei den *Res mancipi* nur zwischen *in iure cessio* und *mancipatio*, d. h. der strengsten und einer leichtern Form.

g) *Huschke* (Servius Tullius S. 247. ff. 716. f.): Die universale Natur des Menschen (d. h. die Richtung nach dem Ganzen im Gegensatz derjenigen als Einzelwesens) liegt in zwei Sachen ausgeprägt, in dem Sclaven und in dem Boden, welcher den Staat lebendig begründet, d. h. *solum Italicum*. Auf diesem bewegt sich der Mensch, und gewinnt ihm seine Nahrung durch Aufwühlen ab. Diese universelle Bewegung und Aufwühlung muss der Mensch nicht mit seinem Leibe, sondern durch eine andere, dienstbare Kraft bewirken. Dafür gibt es gewisse Thiere, welche also die universelle Natur des Menschen ergänzen und damit derselben selbst theilhaftig, also auch *Res mancipi* werden.

Diese Thierklassen entsprechen auf Seite des Körperlichen den fünf Klassen des römischen Volkes auf Seite des Geistigen, da der Geist gerade durch diese fünf Klassen die universelle Natur des Menschen zur Einheit verknüpft.

Diese Thierklassen begreifen theils *armenta* theils *iumenta*, d. h. solche, welche dem Menschen bei dem Aufwühlen und solche, welche ihm bei der Bewegung seiner selbst helfen.

Die erste Thierklasse bilden also die *armenta*, d. h. der Stier und sein Geschlecht.

Die *iumenta* theilen sich, denn die Bewegung ist vorerst entweder persönlich (so dass dabei die Person nur sich selbst dient; dafür ist die zweite Thierklasse, das Pferd: oder sie ist sächlich (so dass die Person der Sache dient): dafür ist

die dritte Thierklasse, der Esel: dann aber kann die Bewegung auch persönlich-sächlich sein, wenn sie nämlich zugleich der Person und der Sache dient (wie beim Reisenden, der zugleich sein Gepäck trägt): dafür ist der Maulesel und das Maulthier, aus Pferd und Esel gemischt, und, je nachdem, das Persönliche oder das Sächliche überwiegt, wechselnd; beide zusammen machen aber nur Eine, die vierte, Thierklasse aus.

Nun fehlt aber noch das fünfte Thier für das Geschäft, anstatt des Menschen neben dem Pfluge herzugehen, die Stiere anzutreiben und den Pflug zu regieren. Dies besorgte einst der *Bouigus*, das erste der *Iumenta*, also das zweite in der Reihe der fünfe, Vierfüsser, das klügste, dem Menschen nächststehende Thier der Schöpfung, reitbar, das Treiben mit Rüssel und Stosszähnen, das Regieren mit einem starken Schwanze oder noch eher ebenfalls mit dem Rüssel bewirkend.

Wo ist aber dieser *Bouigus*? Er ist längst seiner Würde entsetzt und in eine gemeine *Boa* (Schlange, kriechend *ventre census*) verwandelt. Gehülfe des Versuchers des ersten Menschenpaares wurde er von Gott verflucht vor allem Vieh und vor allen Thieren des Feldes, *Genes.* 3, 1. 5. 14.; und so muss nun der Mensch mit Kummer und angestrengter eigner Arbeit sich vom Acker nähren. Der ganze Hergang zeigt sich auch noch in der Verwandschaft des Wortes *boa* (Schlange) mit *bos.*

Die Römer aber haben die rechten *Res mancipi* unbewusst heraus gefunden, weil sie das absolut politische Volk waren.

So weit die verschiedenen Ansichten über den Gattungsbegriff der *Res mancipi.*

Mit den altrömischen Formen musste in späterer Zeit natürlich auch der Gegensatz zwischen *Res mancipi* und *nec mancipi* seine Bedeutung verlieren. Justinian hat ihn zum Ueberfluss noch besonders aufgehoben. *L. un. sub fin. C. De usuc. transform.* (VII, 31.)

---

§. 37. **Mancipatio.** — *Gai. ll. ll. Ulpian.* XIX, 3—6. *Vat. Fragm.* 50. *Cic.* in *Top.* 5. a. E. und dazu *Boethius*, *Ed. Orell.* *p.* 321. f. Huschke Nexum SS. 23. 27.

Wie die *In iure cessio* eine symbolische Vindication war, so die *Mancipatio* ein symbolischer Kauf. Wie jene ihre Publicität, d. h. die Theilnahme und Sanction des souverainen Volkes, in der Mitwirkung des *Magistratus Populi Romani* fand, so diese in der Gegenwart von fünf *Cives Romani puberes* als Stellvertreter der fünf Klassen des römischen Volkes.

Der so beurkundete Act bestand in dem Zuwägen und Hingeben eines Stückes Erz, *Rauduscnlum* (*Varro de L. L.* V, 163. *Festus v. Rodus. Val. Max.* V, 6, 3., unter Anfassung der dafür zu erwerbenden Sache und Aussprechen folgender Formel durch den Geber des Erzstückes:

Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus esto X. milibus sestertiorum hoc aere aeneaque libra.

Darauf schlägt er mit dem Erz an die Wage, und gibt jenes dem Verkäufer.

Ueber diesen Hergang s. *Gai.* I, 119. II, 104. III, 167. und die dort angeführten Stellen.

Zu diesem Anschlagen und Hingeben scheint in früherer Zeit (s. *Varro* und *Festus* a. a. O.) noch eine besondere wörtliche Aufforderung von Seite des Verkäufers ausgesprochen worden zu sein (Raudusculo libram ferito), welche aber *Gaius* nicht mehr erwähnt, und schon *Varro* dem Alterthum zuschreibt.

Die Wortformel ist *Lex dationi (pecuniae) dicta*, welchem einseitigen Ausspruche des Käufers der Verkäufer durch Annahme des in sein Ohr klingenden *Aes* stillschweigend sich unterwirft.

Auf die feierliche Handlung mag wohl ursprünglich unmittelbar die wirkliche Zahlung des Kaufpreises (möglich dann auch die Regulirung desselben durch besonderes Rechtsgeschäft) gefolgt sein.

Der Gedanke war: *Wie ich jetzt diesen Sclaven anfasse und dir richtiges Geld dafür gebe, öffentlich und*

feierlich, so soll derselbe jetzt mein Eigenthum und mir von dir gekauft sein.

A. Nähere Bestimmungen des Herganges sind folgende:

1°. Das Halten der Wage lag einer besondern Person ausser den Interessenten und den Zeugen ob, d. i. dem *Libripens.*

2°. Ueberdies scheint es alte Sitte gewesen zu sein, nach Vollendung des Actes jemanden aus den Umstehenden (nicht aus den gebetenen Zeugen) zu *antestari*, d. h. durch Zupfen am Ohr sein Gedächtniss in Anspruch zu nehmen. Sein Name wurde dann mit dieser seiner Verrichtung, gleich dem des *Libripens* mit dem seinigen, in der Urkunde, welche etwa über den Act aufgesetzt wurde, ausdrücklich erwähnt. Später pflegte man diese Person, wie die Zeugen und den *Libripens*, eigens zu bitten, und nun entstand für sie der besondere Name *Antestatus.*

Ueber diese Person und ihre Bedeutung im Allgemeinen s. *Plaut. in Pers.* IV, 9, 10. *in Curcul.* V, 2, 23. *in Poenul.* V, 4, 59. *Horat. Sat.* I, 9, 75. und dazu *Porphyrio. Plin. H. N.* XI, 103. (*Est in aure ima memoriae locus, quem tangentes antestamur*) *Liv.* bei *Priscian.* VIII. *p.* 792. (*Putsch. Impubes libripens esse non potest neque antestatus.*)

Ueber den *Antestatus* bei der *Mancipatio* insbesondere s. *Gai. epit.* I, 6, 3. und die beiden Geschäftsurkunden bei *Huschke, Flavii Syntrophi Instrumentum donationis p.* 6. 7. Dazu *ibid. p.* 43. ff. *C. Zell. Inscr. Rom. N.* 1779. 1780. 1785.

Uebrigens war das *antestari* ohne Zweifel die Handlung des *Emptor.*

3°. Das Ergreifen der Sache war nur bei beweglichen Sachen nothwendig. Diese müssen daher körperlich gegenwärtig sein, und es kann nur so viel auf einmal mancipirt werden, als man auf ein Mal ergreifen kann. Unbewegliche Sachen dagegen konnten abwesend und in beliebiger Mehrzahl mancipirt werden, und es geschieht dabei auch eines stellvertretenden Stückes (*gleba*, *tegula* u. dgl.) keine Erwähnung; die genaue wörtliche Bezeichnung des Grundstückes war hinreichend. *Gai.* I, 121. *Ulp.* XIX, 6. *Isid. Orig.* V, 25. Auch scheint es, dass die beweglichen Pertinenzen eines Grundstückes in der Mancipation des letztern mitbegriffen

werden konnten (wie *fundus cum instrumento, aedes instructae, cum apparatu, uti nunc sunt*); worauf namentlich auch die Erwähnungen der *Ruta caesa* hinweisen. *Cic. de Orat.* II, 55. Vgl. *L.* 66. §. 2. *De C. E. L.* 38. §. 2. *De A. E. V. L.* 241. *De V. S.* und oben §. 33. — Vgl. auch *Tac. Ann.* I, 73.

4°. Dass in der Mancipationsformel auch der Betrag des *Pretium* erwähnt wurde, ist zwar nirgends ausdrücklich bezeugt, doch enthalten *Vat. Fragm.* 50. (*emptus mihi est pretio* u. s. w. Vgl. Huschke, *Flavius Syntrophus p.* 41. f. und Nexum SS. 46. 171.) dafür eine Andeutung, welche ganz vorzüglich durch die Form des *uendere nummo uno* (wovon nachher) verstärkt wird.

5°. Der Gebrauch der Wage rührt aus der Zeit her, als ungemünztes und ungleich gemünztes Erzgeld in Umlauf war. *Gai.* I, 122. und die daselbst angeführten Stellen. Doch war desswegen das *Aes* in der Solennität selbst nichts desto weniger von jeher symbolisch; die wirkliche Zahlung (die gar nicht in eine Solennität hinein passt) mochte aber, wie schon gesagt, gewöhnlich unmittelbar auf die Solennität folgen.

6°. Die Bezeichnung der Sache in der Mancipationsformel war fähig, mannigfache körperliche und juristische Erweiterungen und Beschränkungen in sich aufzunehmen, und diese Facilität scheint im Laufe der Zeit sich sehr gesteigert zu haben. *Vat. Fragm.* 50. Man bezog sich dabei auf die Zwölftafelstelle *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto*, *Festus v. Nuncupatam;* welche Stelle zwar eigentlich eher auf die folgende Rubrik passte.

So kommen z. B. häufig Zusätze wie folgende vor: *(fundus) uti optimus maximus esset*, *Brisson. de Formulis* VI, 35, oder *cum instrumento, cum doliis*, das. 41., dann *(seruus) cum peculio*, das. VI, 12. Umgekehrt *detracto usufructu* (*Vat. Fragm.* 47. 50. 80.), *recepta seruitute, receptis rutis caesis*, das. VI, 27.

7°. Sehr viele nähere Bestimmungen, theils über persönliche Verpflichtungen des einen oder andern Contrahenten, theils aber auch über dingliche Verhältnisse, pflegten dem Mancipationsacte in Gestalt von Stipulation oder sonst vorangeschickt oder auch angehängt zu werden, und nahmen

dann an der Kraft und Wirkung der Mancipation vollen Antheil. Das ist es wohl, was jene Zwölftafelstelle eigentlich verordnete. Beispiele hiervon s. bei *Brisson.* a. a. O. VI, *passim.* (*sanus, noxis solutus, ut exportetur, ne prostituatur, habitatio recepta, mercedes receptae* oder *quae emptorem sequuntur, seruitutes si quae debentur, debebuntur* u. s. w.) Dazu *Zell Inscr.* 1779. 1780. 1784. 1785., woraus insbesondere zu ersehen ist, wie sich solche Bestimmungen äusserlich zu dem Mancipationsacte verhielten, und wie über beides die Urkunden abgefasst zu werden pflegten.

B. Die Wirkung der *Mancipatio* war voller Erwerb des ausgesprochenen Rechtes, wenn der Veräussernde es hatte, und seine strenge (publicistische und executionsfähige) Gewährpflicht, wenn er es nicht hatte: im Uebrigen gewöhnliche gegenseitige Verpflichtung nach Inhalt der Verabredungen.

Ueberhaupt ging ursprünglich der ganze Kauf mit seinem persönlichen und dinglichen Elemente zugleich in der Mancipation und ihrer Wirkung auf; dagegen schieden sich diese beiden Elemente in der Folge mehr aus, so dass das dingliche Element in der Bedeutung der *Mancipatio* vorherrschend wurde, und das persönliche mehr seine eignen Formen und Schicksale erhielt.

Uebertragung des Besitzes macht keinen Bestandtheil der Mancipation aus, und wird davon theils in den Geschäftsurkunden, theils bei den Juristen ganz unterschieden. *Gai.* IV, 131. und obige *Donatio Syntrophi* (*Zell N.* 1779.)

C. Was den Kreis der Anwendung der Mancipation betrifft, so blieb dieselbe

1°. hinsichtlich der *Caussa* gar nicht auf den Fall eines wirklichen Kaufgeschäftes beschränkt, sondern sie diente ganz allgemein zur Uebertragung des Eigenthums, welches auch immer deren *Caussa* sein mochte. So trat eben das obligatorische Element gegen das dingliche zurück; die *Mancipatio* blieb ihrem Wesen nach nur eine *imaginaria emptio uenditio*, ein *symbolischer* Kauf. *Gai.* I, 119. Das *Pretium* konnte ein wahres oder es konnte *Nummus unus* sein, in dessen Erwähnung sich eben das Symbol, das Andenken des Kaufes erhielt. *Lex Thoria capp.* 21. 22. 30. 34. *Zell*

Inscriptt. 1779. 1780. 1784. 1785. *Sueton. in Caes.* 50. *Horat. Sat.* II, 5, 109. und dazu *Acro* und *Porphyrio*, *Gai. epit.* I, 6, 3. *u. v. a.*

2°. Nicht blos Eigenthum konnte durch *Mancipatio* übertragen werden, sondern sie diente auch als Form der Errichtung von *Servitutes praediorum rusticorum*, welche eben desswegen den *Res mancipi* beigezählt wurden. *Gai.* II, 29.

Auf andere Servituten fand die Mancipation nur eine indirecte Anwendung durch *deducere*, *detrahere*, *Gai.* II, 33. *Vat. Fragm.* 50.

Mehr und weniger künstlich und mit anderweitigen Zuthaten wurde die *Mancipatio* auch zur Begründung von familienrechtlichen Abhängigkeitsverhältnissen, namentlich *Manus* und *Mancipium*, gebraucht, und mittelbar durch diese auch zur Begründung und Aufhebung der *patria potestas* (*Adoptio* und *Emancipatio*). *Gai.* I, 117. 118. 123. 132. 134. 135.

Endlich findet die *Mancipatio* eine absolut symbolische Anwendung (nämlich *Aes* und Kauf und Eigenthumsübertragung — alle drei nur symbolisch) bei Errichtung der Testamente. *Gai.* II, 103 – 8.

D. Ueberschaut man nun den ganzen bisher beschriebenen Kreis, in welchem die *Mancipatio* ihre Anwendung findet, so erscheint dieselbe nur als der eine Ausdruck einer allgemeinern und weiter greifenden Form, welche wir durch *Nexum* im weitern Sinne dieses Wortes bezeichnen (d. h. *quodcunque per aes et libram geritur*), und von welcher wir den andern Ausdruck und ein anderes Feld der Anwendung (das *Nexum* im engern Sinne) erst im Obligationenrecht antreffen werden. Dort wird sich denn erst die höhere Einheit, unter welcher die dingliche *Mancipatio* und jenes obligatorische *Nexum* sich verbinden, gehörig nachweisen und auch ihrer Realität nach (nicht blos in formaler Beziehung) aufklären lassen.

E. Die Mancipation als eine eigenthümlich römische oder doch italische Formalhandlung kam zugleich mit dem Dahinschwinden der römischen Nationalität mit und neben der *In iure cessio* ausser Gebrauch; wie sie denn in dem griechischen und anderweitigen ausseritalischen Verkehre nie Wurzel geschlagen zu haben scheint. Die letzten Erwäh-

nungen der *Mancipatio* finden sich in Rescripten von Diocletian, *Vat. Fragm.* 313. *Cod. Hermog.* VII, 1. (welche Stelle auch die letzte Erwähnung der *In iure cessio* enthalten mag), u. a. m., und in ein paar Constitutionen von Constantin, *L.* 4. *L.* 5. *C. Th. De donationibus* (VIII, 12.) In den Justinianeischen Rechtsbüchern sind die Erwähnungen der *Mancipatio* und *In iure cessio* planmässig und durchgehends ausgemerzt und dafür, wo einfache Weglassung nicht anging (sie ging z. B. an in *L.* 18. *De R. V.*), gewöhnlich die Worte *Traditio*, beziehungsweise *Cessio* substituirt.

---

§. 44. Arten des Eigenthums.

So lange der Usucapient, welcher nur wegen fehlender Uebertragungsform blosse *Condicio usucapiendi* anstatt rechten Eigenthums erlangt hatte, mit seiner *Actio Publiciana* nur gegen seinen *Auctor* (und dessen etwaige Universal-Successoren), durch Berufung auf das zwischen ihnen stattgehabte Rechtsgeschäft, mittelst *Replicatio rei uenditae ac traditae* u. dgl. durchdringen, und ebenso als Beklagter sich nur gegen jenen mit der *Exceptio rei uenditae ac traditae* behaupten konnte; so war es ein persönliches, ausser dem Eigenthum liegendes Rechtsverhältniss, welches ihm über das rechte Eigenthum seines Gegners den Sieg verschaffte, wie sich z. B. ein Miether gegenüber der Eigenthumsklage in demselben Falle befindet.

Sobald er aber auf den Grund jenes Rechtsgeschäftes und der damit verbundenen Tradition auch gegen jeden Andern, auf welchen das Eigenthum seines *Auctor* in gehöriger Form Rechtens übergegangen sein mochte, die Sache als Kläger oder als Beklagter behaupten konnte, mit andern Worten, sobald die *Exceptio* und *Replicatio rei uenditae ac traditae* dinglichen Charakter angenommen hatte; so konnte von einem blos persönlichen Rechte nicht mehr die Rede sein, denn mit diesem Gegner hatte er ja kein Rechtsgeschäft eingegangen; sondern es musste ihm geradezu ein stärkeres dingliches Recht an der Sache selbst zugeschrieben

3*

werden, mittelst dessen er das formgerechte Eigenthum des Gegners überwand.

Diese auffallende Erscheinung, dass der Eigenthümer von einem stärkern und doch materiell gleichartigen dinglichen Rechte (gleichartig in dem Sinne, wie es nicht einmal ein *ius in re aliena* wäre, so dass an ein solches gar nicht zu denken ist) überwunden wird, findet sich, und zwar noch früher, auch in zwei andern Anwendungen, nämlich bei dem *Bonorum possessor*, der ja gegen Jeden (selbst gegen den wahren Erben, bis dieser ihm die *Bonorum possessio* gerade durch die *Hereditatis petitio* zur *b. p. sine re* gemacht hat) die Eigenthumsklage mit der Fiction *si heres esset* erhielt, und bei dem *Bonorum emptor*, welchem sie ebenso, und zwar bald mit derselben Fiction, bald mit der Umstellungsformel zustand. *Gai.* IV, 34. 35.

Was ist nun aber das für ein Recht, welches, gleichartig mit dem Eigenthum, dieses überwindet?

Da das Eigenthum das höchste und stärkste Recht an einer Sache ist, so kann doch jenes nicht minder als auch Eigenthum sein. Dann hätten wir also zwei Abarten von Eigenthum: und das ist gerade die Abstraction, welche sich die Römer, nachdem sie jene Erscheinungen vor sich sahen, bald auch gemacht haben. Sie bezeichnen die beiden Arten durch *Ex iure Quiritium* und *in bonis*, *Gai.* a. a. O.; woraus die Neuern nach dem Vorgange von *Theophilus* zu §. 4. *I. De libertinis* die substantivischen Ausdrücke *Dominium quiritarium* und *bonitarium* geformt haben.

Wo diese beiden in Beziehung auf dieselbe Sache in der erwähnten Art mit einander in Gegensatz treten, da erschien jetzt immer entschiedener das letztere als das eigentliche, materiell rechtliche und wirksame Eigenthum, jenes dagegen als die leere, kraftlose Form und Hülle. (Die einzige reale Bedeutung des blossen *Ex iure Quiritium* bestand, so viel wir wissen, noch darin, dass bei der Freilassung eines Sclaven von Seite des bonitarischen Eigenthümers *ex lege Iunia* die Tutel nicht an diesen, sondern an den quiritarischen kam: *Gai.* I, 167. Der bonitarische Eigenthümer freilich blieb noch in manchen Punkten beschränkt: er konnte durch Freilassung den Sclaven nur zum *Latinus* machen, *Ulp.* I, 16.,

er konnte nicht *per vindicationem* legiren, *Gai.* II, 196. 222.), er konnte keine civile Servitut auflegen.) Dagegen im Verhältniss zu jedem Dritten konnte das eine wie das andere unbeschränkt geltend gemacht werden.

Die beiden Begriffe standen sich gegenüber wie Form und daran geknüpftes Recht auf der einen und Materie nebst damit verbundener Macht auf der andern Seite, und dieser Gegensatz ist nach einem viel weiter reichenden Sprachgebrauch in jenen Ausdrücken *Ex iure Quiritium res eius est* und *in bonis alicuius est* ganz deutlich ausgedrückt. Man denke nur an die Gegensätze *liberum esse* und *in libertate esse* oder *morari*, ferner *possidere* und *in possessione esse* u. s. w. Ueber das *in bonis* vergl. auch *L.* 52. *De A. R. D.* Dazu *L.* 4. §. 32. *De dol. exc.* (s. oben §. 40.) *L.* 9. §. 6. *Quod met. ca.* (*L.* 31. *Ex quib. cau. mai.*) *L.* 32. *De her. pet.* und in einem noch weitern Sinn *L.* 49. *De V. S.*

Hinsichtlich des Sprachgebrauchs ist es übrigens ganz begreiflich, dass wer mehr auf die Form sah, fortwährend das *In bonis* im Gegensatz mit dem *Dominium* dachte, so Ulpian (XIX, 7.), dagegen wer mehr das virtuelle Verhältniss in's Auge fasste, eher den Begriff *Dominium* zu einem Gattungsbegriff erhob, welcher die beiden Arten des *Ex iure Quiritium* und des *In bonis* unter sich enthielte, so Gaius (II, 40.)

Von selbst ergibt sich, dass, sobald der Gegensatz ein Mal der Sache nach anerkannt war, nun drei verschiedene Erscheinungen in der Wirklichkeit vorkommen konnten, nämlich:

1°. Das normale Verhältniss, Form und Gehalt beisammen, *Ex iure Quiritium* und *In bonis* in derselben Person vereinigt, d. i. das volle *Ex iure Quiritium*;

2°. Die Form ohne den Gehalt, das leere, *nudum ex iure Quiritium*.

3°. Der Gehalt ohne die Form, das *In bonis*.

Nachdem das Bedürfniss des römischen Verkehres selbst die Anerkennung des *In bonis* als einer Art von Eigenthum herbei geführt hatte, so konnte es wohl nicht anders sein, als dass man sich das letztere als ein *Dominium naturale* oder *iuris gentium* im Gegensatz des *Ex iure Quiritium* als

des civilen römischen dachte, und jenes derjenigen Erscheinung von Eigenthum in der Vorstellung assimilirte, welche man längst bei den Peregrinen an allen ihren Sachen, ja auch bei den römischen Bürgern an Provincialgrundstücken wahrgenommen und anerkannt hatte. Und dieser Umstand erleichterte es gewiss in hohem Grade, dass der sächlichen Rechtsveränderung die Abstraction und Theorie, wie obgedacht, auf dem Fusse nachfolgte; nur dass Puchta wohl mit gutem Grunde davor warnt, die Rechtsveränderung selbst auf jenen Umstand als auf ihre Ursache zurück führen zu wollen.

Was endlich die sehr bestrittene Frage anlangt, welche Klage zum Schutze des *In bonis* gegolten habe, so ist die richtige Antwort wohl diese: Eine *utilis rei uindicatio* in den verschiedenen möglichen Gestalten, wie deren schon drei (die *Actio Publiciana* und die beiden andern *fictitiae* der *Bonorum possessor* und *Bonorum emptor*) vorhin erwähnt worden sind, und wie es deren noch manche andere gegeben haben mag, je nach den verschiedenen Erwerbstiteln, unter welchen ja die eigentliche *Publiciana* nur Einen (den Kauf) ausdrückte, aber *utiliter* die Substitution von andern zuliess. Vergl. im Allgemeinen *L.* 23. *pr. De R. V.* Oder warum sollte nicht z. B. die Klage, womit der *Propter damnum infectum possidere iussus* oder *Propter noxam ducere seruum (non defensum) iussus* sein bonitarisches Eigenthum verfolgte, so gelautet haben: a) *Si quas aedes As. As. a Nerua Praetore possidere iussus est, biennio possedisset, tum si rel.* b) *Si quem hominem As. As. a Nerua Praetore… ducere iussus est, anno possedisset, tum rel.?* Die häufigste Anwendung mag allerdings die ordentliche *Publiciana* gefunden haben, und es darf hier nur noch mit einem Worte daran erinnert werden, wie zur Erfüllung dieser ihrer Bestimmung oft die Beseitigung der sonst zulässigen *Exceptio dominii* entweder durch directe Versagung oder durch indirecte Entkräftung mittelst *Replicatio* erforderlich war.

Wie Justinian den Unterschied zwischen quiritarischem und bonitarischem Eigenthum aufhob, *L. un. C. De nudo iure Quir. toll.* (VII, 25.), muss im Zusammenhang seiner Gesetzgebung über das Eigenthum (§. 70.) dargestellt werden.

Für jetzt noch eine Schlussbetrachtung über das besprochene mittlere Recht:

Die Anerkennung des *In bonis*, wie beschrieben, pflegt von uns als ein natürlicher Fortschritt, als ein Sieg der Rechtsidee über die Form, gleichsam des Geistes über das Fleisch, begrüsst zu werden: und insofern mit Recht, als dieses Zurücksetzen der civilen Form, dieses Eindringen des *Ius gentium* in das *Ius ciuile*, diese Aenderung des letztern aus dem erstern, gewiss in den ökonomischen und sonstigen Zeitverhältnissen hinreichend motivirt war.

Aber nicht, dass man jetzt klüger gewesen wäre als die Verfahren, welche umgekehrt die Formal-Requisite gegenüber dem blossen materiellen Willen u. dgl. festgehalten hatten. Vielmehr müssen diese Formal-Requisite in älterer Zeit einem absoluten Bedürfnisse entsprochen und einen absoluten Zweck gefördert haben, welcher Zweck und welches Bedürfniss jetzt etwas blos relatives geworden und der Wichtigkeit nach auf eine niedrigere Stufe getreten waren. Es lag in jener Rechtsveränderung allerdings ein partielles Aufgeben der alten Verkehresformen.

Wie falsch es wäre, in jedem Aufgeben solcher Formen schon an sich einen Fortschritt, also in der Form selbst ein Uebel zu finden, das wird an unserer heutigen Form der hypothekenbüchlichen Fertigung für Eigenthum, Pfandrecht und andere Rechtsamen an Liegenschaften recht anschaulich. Oder sollte es für uns ein Fortschritt sein, wenn man zwischen demjenigen, welcher sich auf die eben bezeichnete Form, und demjenigen, welcher sich auf blossen Kauf und Tradition beriefe, ebenso entscheiden wollte, wie die Römer laut dem Obigen zwischen dem *Nudum ex iure Quiritium* und dem *In bonis* zu entscheiden anfingen?

---

§. 48. Interdictum Uti possidetis.

Dieses Interdict zum Schutze des gegenwärtigen Besitzes an Immobilien gegen künftige Störungen muss ungefähr so gelautet haben:

Uti nunc possidetis illum fundum (oder *locum* oder *aedes*) q. d. a., quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto.

Vgl. *Festus v. Possessio. Gai.* IV, 160. *L.* 1. *pr. h. t.* Ueber *locus* statt *fundus* s. *L.* 1. §§. 7. 8. *L.* 3. §. 6. *h. t. L.* 60. *De V. S.*, über *aedes d. princ.*

Das Interdict ist also *prohibitorium* und *duplex.*

Es ist wesentlich dazu bestimmt, als Vorbereitung des Eigenthumsprocesses den Besitz zu ordnen, wovon es ja abhängt, wer als Kläger und wer als Beklagter aufzutreten habe. Dem Eigenthumsprocess geht mithin, sobald der Besitz auch streitig ist, jedes Mal das *Interdictum Uti possidetis* vorher. *Gai.* a. a. O. *L.* 1. §§. 2. 3. *h. t.*

Wie kann aber durch dieses jener Zweck erreicht werden?

Der Streit über die Frage, wer im Augenblicke des *Interdictum redditum* Besitzer gewesen sei, wird Zeit erfordern so gut wie nachher der eigentliche Rechtsstreit über das Eigenthum.

Wer soll also während dieses Besitzprocesses einstweilen den Besitz haben? wer von Stunde an?

Diese letztere Frage lässt der Prätor die Litiganten eigenmächtig entscheiden, und zwar jetzt auf der Stelle, nach dem *Interdictum redditum*, und in seiner Gegenwart. Sie sollen um den augenblicklichen Besitz unter sich beiden licitiren; jeder auf seine eigne Gefahr, denn wer nicht der wahre Besitzer ist, verletzt durch jedes Angebot das Interdict (*uim facit, quominus aduersarius ita possideat uti tunc possedit, scil. quum interdictum redderetur).* Der Meistbieter bleibt jetzt für den Augenblick Besitzer, und wird von dem Prätor als solcher anerkannt.

Wie aber fortwährend jeder von beiden behauptet, zur Zeit des *Interdictum redditum* der wahre Besitzer gewesen zu sein, so behaupten jetzt auch beide, durch diese eben geschehene *Fructuum licitatio* von dem Andern in dem Besitze gestört worden zu sein: der Meistbieter, weil der Andere gegen ihn geboten habe, der Minderbieter, weil jener ihn jetzt gar um den Besitz gebracht habe. Jeder darf also den Andern *sponsione prouocare,* d. h. sich von ihm eine be-

stimmte Strafsumme versprechen lassen auf den Fall, dass, er, der Versprechende, dem Interdict zuwider gehandelt, d. i. den wahren Besitzer gestört habe. Es versteht sich von selbst, dass jeder *Sponsio* von der einen Seite eine *Restipulatio* von der andern nachfolgt.

So ergeben sich vier Strafverpflichtungen, — alle von der Frage abhängig, wer zur Zeit des *Interdictum redditum* Besitzer gewesen sei.

Ausserdem muss der Meistbieter noch durch besondere Stipulation *(fructuaria stipulatio)* auf den Fall seines Unterliegens dem Gegner die Summe des Meistgebotes *(fructuum licitationis)* als Strafe versprechen.

Aus allen diesen Sponsionen, Restipulationen und Stipulationen ertheilt nun der Prätor die gewöhnliche *Actio* (über deren compendiose Einrichtung s. *Gai.* IV, 166.), und fügt der *Actio ex sponsione* gegen den Meistbieter als *secutorium iudicium* noch eine *arbitraria actio* auf Restitution der Sache nebst Früchten bei; wie denn auch die *Summa licitationis*, selbst ohne *Stipulatio fructuaria*, durch ein zweites *secutorium iudicium* zur Condemnation gebracht werden kann.

Gewinnt nun der Meistbieter, so wird der Gegner aus der *Sponsio* und aus der *Restipulatio* condemnirt, weil er ungehorsam gewesen, jener nicht ungehorsam gewesen. Gewinnt der Gegner, so treffen diese beide Condemnationen den Meistbieter aus dem umgekehrten Grunde; und überdies wird dieser noch auf die Licitationssumme condemnirt und zur Restitution von Hauptsache und Früchten angehalten, d. h. *nisi restituat*, auf *quanti ea res est* condemnirt. *Gai.* IV, 166—169.

Alle diese Condemnationen und die entsprechenden Absolutionen hangen von der Frage ab, wer zur Zeit des *Interdictum redditum* Besitzer gewesen sei.

Und wen wird der Richter als solchen anerkennen?

Denjenigen, welcher zur Zeit des *Interdictum redditum* besass, und zwar *nec ui nec clam nec precario ab aduerrio* (d. h. ohne durch einen dieser Fehler sich von dem Gegner den Besitz verschafft zu haben), oder welcher doch zu jener Zeit so besessen haben würde, wenn er nicht vorher

ui aut clam aut precario von dem Gegner um den Besitz gebracht worden wäre. — *Keller* in d. Zeitschr. f. g. R. W. XI. S. 305. ff.

---

§. 51. Interdicta de ui.

Wer aus dem Besitze eines Grundstückes mit Gewalt vertrieben worden ist, dem steht behufs Wiedererlangung des Besitzes ein *Interdictum restitutorium* zu, welches vorerst so lautete:

UNDE TU NUMERI AUT FAMILIA AUT PROCURATOR TUUS AGERIUM AUT FAMILIAM AUT PROCURATOREM EIUS IN HOC ANNO VI DEIECISTI, Q. D. R. A., CUM ILLE POSSIDERET, QUOD NEC VI NEC CLAM NEC PRECARIO A TE POSSIDERET, EO RESTITUAS; —

dann zur Zeit der classischen Juristen:

UNDE TU NUMERI AGERIUM IN HOC ANNO VI DEIECISTI AUT FAMILIA TUA DEIECIT, Q. D. R. A., CUM NEC VI NEC CLAM NEC PRECARIO A TE POSSIDERET, EO RESTITUAS.

Vgl. a) *Cic. p. Tullio* 44. 45. 29. *p. Caecina* 19. 30—32. *Lex Thoria c.* 7. —

b) *Gai.* IV, 154. *L.* 1. *pr.* §. 39. *De ui et ui armata.*

Demnach sind die Bedingungen dieses Interdictes folgende:

1°. Der Kläger muss juristischen Besitz gehabt haben, *Cic. p. Tull.* 45. *p. Caec.* 31. 32. *Gai.* IV, 154.

2°. Dieser Besitz muss gegenüber dem Beklagten ein fehlerfreier gewesen sein. *dd ll. Paull.* V, 6, 7. *L.* 1. §. 30. *h. t.*

Wer Gewalt mit Gewalt abtreibt, besitzt desswegen nicht *ui*. *L.* 1. §§. 27. 28. *L.* 17. *h. t. Quinctilian.* VII, 4, 6.

3°. Er muss diesen Besitz durch die Gewalt des Beklagten oder seiner Stellvertreter verloren haben. Besitzt er noch, so findet das Interdict nicht Statt. *L.* 1. §§. 45. 46. *h. t.*

Besitzt jetzt ein Anderer als der, welcher dejicirt hat, so geht gegen jenen das Interdict nicht, *L.* 7. *h. t.*, wohl aber gegen diesen, *L.* 1. §. 42. *h. t.*

Die Gewalt muss *atrox*, d. h. persönlich, und direct auf

den Besitz gerichtet sein. Jenes ist sie ohne Unterschied, ob sie körperlich oder durch Erregung gerechter Furcht geübt wurde. Den Gegensatz der *uis atrox* macht der weitere Sinn von *uis*, wie er bei den *Interdictis prohibitoriis* (*Vim fieri ueto*, s. z. B. §. 48.) Statt findet. *L.* 1. §§. 3. 29. *h. t.* *L.* 1. *L.* 2. *Quod met. ca. Paull.* V, 6, 4. Dagegen *L.* 1. §§. 5. 6. 7. *Quod ui aut clam. L.* 73. §. 2. *De R. I.*

Indirect ist sie, wenn z. B. der Besitzer zur Tradition gezwungen worden ist. *L.* 5. *h. t.*

Ob das *Deiicere* ein *Eiicere* oder blosses *Prohibere* war, ist gleichgültig. *L.* 1. §§. 24. 25. *L.* 3. §. 8. *h. t.*

4°. Das Interdict gilt nur für unbewegliche Sachen, *Paull.* V, 6, 5. *L.* 1. §§. 3—8. *h. t.*

Was das Ziel des Interdictes betrifft, so wird daraus eine *Actio arbitraria* (selbständig oder als *secutorium iudicium*) gegeben.

Das *Restituere* begreift Rückgabe des Besitzes, und zwar sowohl an dem Grundstücke selbst nebst Früchten und *omnis caussa* als an den darauf befindlich gewesenen beweglichen Sachen, ferner Ersatz weitern Schadens. *L.* 1. §§. 6. 31. 40. 41. *L.* 3. §. 15. ff. *L.* 4. *C. h. t.*

Hat der Beklagte nicht selbst dejicirt, sondern ohne seinen Willen seine Kinder, Sclaven oder ein freier Stellvertreter (*procurator*), so genügt es, dass er restituirt *quod ad se peruenit*, und dazu in den beiden erstern Fällen den Thäter *noxae* gibt. *L.* 1. §. 15. *h. t.*

So weit der Beklagte, wie er soll, nicht restituiren kann oder will, tritt *Condemnatio quanti ea res est* ein. *L.* 6. *h. t.*

Mit und neben der *Actio arbitraria* finden gemäss dem Charakter des Interdict-Processes (*Gai.* IV, 162—65.) je nach Umständen die *Actiones ex sponsione* und *ex restipulatione* Statt.

Nach einem Jahr und gegen den Erben gilt das Interdict nur für die Bereicherung (*in id quod ad eum peruenit*). *L.* 1. *pr.* §§. 39. 48. *L.* 2. ff. *L.* 2. *C. h. t. Vat. Fragm.* 312.

Das Interdict geht nicht gegen den *Parens* oder *Patronus; quia atrocitatem facinoris in se habet*: dafür eine *Actio in factum*. *L.* 1. §. 43. *h. t.* *L.* 2. §. 1. *L.* 7. §. 2. *De*

obseq. par. (Ueber den allgemeinen Charakter des Interdicts vgl. auch *L.* 27. §. 4. *De pactis.*)

Zu Cicero's Zeit bildete sich (mit Rücksicht auf die durch die Bürgerkriege eingerissene Gewaltthätigkeit und Zügellosigkeit, besonders der Grossen und Reichen, und ziemlich gleichzeitig mit dem Edict des Prätor *M. Lucullus* von ungefähr *A.* 678., welches aus gleicher Rücksicht die *Actio de damno ui hominibus armatis coactisue dato,* wovon unten, einführte) eine verschärfte Gestalt des *Interdictum de ui* für den besondern Fall, dass die Gewalt mit bewaffneten oder zusammen gerotteten Leuten verübt würde. Da nämlich sollten die sonstigen ordentlichen Exceptionen *(cum ille possideret, quod nec ui nec clam nec precario a te possideret)* wegfallen und ebenso die Beschränkung auf ein Jahr *(in hoc anno).* Demgemäss wurde auch das Requisit vorherigen eigentlichen Besitzes in der Person des Klägers in der ersten Strenge aufgegeben; doch war letzteres zur Zeit der classischen Juristen wieder hergestellt, wogegen fortwährend die Schonung gegen *Parens* und *Patronus* hier wegfiel. *d.* §. 43.

Das Interdict lautete demnach für den angegebenen besondern Fall so:

UNDE TU, S. AEBUTI, AUT FAMILIA AUT PROCURATOR TUUS A. CAECINAM AUT FAMILIAM AUT PROCURATOREM EIUS VI HOMINIBUS COACTIS ARMATISVE DEIECISTI, Q. D. R. A., EO RESTITUAS.

Cic. ad Fam. XV, 16, 3. *pro Caec.* 8. 22. *p. Tullio* 46. *Gai.* IV, 155. *L.* 14. *h. t.*

Unfähig war übrigens auch dieses Interdict nicht gar aller *Exceptiones*; es hatte nur keine stehenden: so kommt die *Exceptio* vor: *Si ille prior hominibus coactis armatisue non uenerit.* *Cic. ad Fam.* VII, 13. Vgl. *L.* 1. §. 27. *L.* 3. §. 9. *h. t.*

Zum Unterschied von diesem geschärften Interdict heisst das erstere, einfache und gewöhnliche: *Interdictum quotidianum* oder *de ui quotidiana,* ohne dass dieses ein fester technischer Ausdruck wäre. *Cic. p. Caec.* 31. 32. Vgl. *in Verrem* I, 19. *p. Tullio* 54.

Ueber beide Interdicte im Ganzen vgl. *Keller Semestr. ad M. T. C. Lib.* II. *C.* 1. §§. 2. 3.

Im Justinianeischen Recht ist der wichtigste Unterschied zwischen den beiden Gestalten des *Interdictum de ui* dadurch von selbst weggefallen, dass die *Exceptio quod nec ui nec clam nec precario ab aduersario possederit* jetzt gar nie mehr zulässig ist, §. 6. *I. De interdictis*; — was hinwieder mit dem neuern Recht betreffend die Selbsthülfe zusammen hängt.

---

§. 57. Die Erwerbsarten des Eigenthums überhaupt.

I. Es ist häufig der Fall, dass Eigenthum an einzelnen Sachen in und mit einem ganzen Vermögen, d. h. durch Universal-Succession, erworben wird, z. B. durch *Hereditas*, *in manum conuentio*, *adrogatio*, durch *bonorum possessio*, *bonorum emptio* u. s. w. Von diesem Eigenthumserwerb ist bei jenen Rechtsinstituten zu handeln: hier berührt uns blos der Einzelnerwerb mit denjenigen Rechtshandlungen und sonstigen Ereignissen, welche ihrer rechtlichen Bedeutung nach geradezu auf diesen gerichtet sind. Ja selbst unter diesen sind einige so wesentlich durch die Regeln eines andern Abschnittes, namentlich des Erbrechts, vermittelt, dass sie auch in der Darstellung mit diesem verbunden werden müssen, wie z. B. das *Legatum per uindicationem* und gewisse Fälle des *Caducum* und *Ereptorium*. *Ulpian.* XIX, 17.

Es gibt übrigens zwei Hauptstellen, welche eine Aufzählung der verschiedenen Arten des Eigenthumserwerbes enthalten, und sowohl durch ihre Uebereinstimmung als durch ihre Verschiedenheit besondere Beachtung verdienen, nämlich *Varro de R. R.* II, 10, 4. und *Ulpian.* XIX, 2. Die Erwähnung oder Ausschliessung der *Acquisitiones per uniuersitatem* macht einen Theil des Unterschiedes zwischen beiden aus.

II. Man kann Eigenthum an einer Sache erwerben, die in niemandes Eigenthum war, oder doch so, dass der Erwerb von dem bisher vorhandenen Eigenthum eines Andern völlig unabhängig ist; das heisst *originärer* Erwerb: oder aber so, dass man in das bisherige Eigenthum eines Andern

blos succedirt, dermassen, dass es gerade *dessen* Eigenthum ist, was man erwirbt, und welches also, objectiv fortbestehend, jetzt nur das Subject ändert. Das ist *derivativer* Erwerb. Da solcher nur unter Mitwirkung des bisherigen Eigenthümers vor sich gehen kann, so heisst dieser gegenüber dem neuen Erwerber von daher *Auctor*.

III. Die Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, welche sowohl bei den originären als bei den derivativen Erwerbsarten vorkommen können, werden entweder dem *Ius ciuile* oder dem *Ius gentium* zugezählt, und heissen demnach theils civile theils naturale. Dieser Gegensatz steht mit demjenigen zwischen quiritarischem und bonitarischem Eigenthum in einem so wesentlichen Zusammenhang, dass derselbe bei der folgenden Aufzählung der einzelnen Erwerbsarten zum Grunde gelegt werden soll.

Uebrigens macht die Erwähnung oder Ausschliessung der naturalen Erwerbsarten einen andern Theil des Unterschiedes zwischen den obgedachten Stellen von *Varro* und *Ulpian* aus, wie denn *Cicero* (*Top.* 5.), noch enger, blos die civilen Privatverkehrshandlungen anführt, welche *Abalienationes* heissen.

IV. Der Erwerb von Eigenthum wird zuweilen bedingt und bewirkt durch Eigenthum an einer andern Sache in derselben Person. Zu diesem Eigenthum darf in gewissen Fällen lediglich ein physisches Ereigniss hinzu treten, um den neuen Eigenthumserwerb zu vollenden. Auch hier sprechen die Römer von naturalem Erwerb, und wir werden auch diese Fälle unter den naturalen Erwerbsarten aufzählen, (§. 67.); doch werden wir es verspüren, dass das Naturale hier *physisch*, dort *juristisch* ist.

Mit den angeführten Hauptstellen aus *Varro*, *Cicero* und *Ulpian* vergleiche man noch *Cic. de Inuent.* I, 45. *Auctor ad Her.* IV, 29. *Boethius ad d. cap.* 5. *Top.* (*Ed. Orell. p.* 321, 39.) *Theoph. ad* §. 6. *I. Per quas pers. cuiq. acq.*

§. 62. Usucapio.

Schon die XII Tafeln verordneten, dass durch fortgesetzten Besitz ein *Fundus* in zwei Jahren, jede andere Sache in einem Jahr, zu Eigenthum erworben werden sollte. Das ist der Begriff der *Usucapio*, wofür die XII Tafeln den Ausdruck *Usus auctoritas* (der jedoch noch etwas mehr bezeichnen soll) gebrauchten. Häuser wurden bald durch Interpretation dem *Fundus* gleich gestellt. *Cic. Top.* 4. *p. Caec.* 19. *(Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium; at utimur eodem iure in aedibus, quae in lege non appellantur.) Ulpian.* XIX, 8. *Gai.* II, 42. 54. *Isidor. Or.* V, 25. *L.* 3. *De usurp. et usuc. Theoph. ad pr. I. h. t.*

Zwischen *Res mancipi* und *nec mancipi* war kein Unterschied in der Art und Wirkung der Usucapion. *Gai.* II, 43.

Zweck der Usucapion ist baldige Sicherstellung des Eigenthums, doch mit angemessener Frist für den bisherigen Eigenthümer behufs Wahrung und Geltendmachung seines Eigenthums. *Gai.* II, 44. *L.* 1. *h. t.*

Das Bedürfniss der Usucapion tritt bei drei Anlässen hervor:

1°. Wenn die Absicht des Eigenthumsüberganges wegen mangelhafter Form nicht erreicht worden ist. *Gai.* II, 41.

2°. Wenn das Hinderniss desselben in der subjectiven Unfähigkeit des Eigenthümers zur Veräusserung, *Vat. Fragm.* 1. *Gai.* II, 80. *L.* 2. §§. 15. 16. *Pro emptore*; — oder

3°. in dem Mangel oder in der Unvollständigkeit seines Rechtes lag. *Gai.* II, 43.

Durch die Usucapion entsteht demnach volles römisches Eigenthum bald für den blossen Besitzer bald für den bonitarischen Eigenthümer.

Subjectiv fähig zur Usucapion ist nur, wer diese Fähigkeit zu römischem Eigenthum besitzt, d. h. wer *Commercium* hat. Unfähig also der *Peregrinus. Cic. de Off.* I, 12. (*Aduersus hostem aeterna auctoritas*) *Gai.* II, 65.

Objectiv fähig ist nur was Gegenstand vollen römischen Eigenthums sein kann. Unfähig also nicht blos alle *Res extra commercium*, sondern insbesondere auch alle Provin-

cial-Grundstücke. *Cic. de LL.* II, 24. (vergl. *Festus v. Forum* und *v. Bustum*) *Gai.* II, 46. 48.

Dann aber sind speciell der Usucapion entzogen die *Res furtiuae* für so lange, bis sie wieder in den Besitz des Bestohlenen zurück gekehrt sind. Diese Regel stand schon in den XII Tafeln, und wurde mit der angegebenen nähern Bestimmung neu bestätigt durch die *Lex Atinia* (muthmasslich von *a.* 557.) *Gai.* II, 45. *Gell.* XVII, 7. (*Quod subreptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto.*) *L.* 4. §. 6. *L.* 33. *pr. h. t. L.* 215. *De V. S.* §. 2. *I. h. t.* und dazu *Theoph.*

Diese Unfähigkeit wurde mit derselben nähern Bestimmung ausgedehnt auf *Res ui possessae* (Immobilien) durch die *Leges Plautia* (*a.* 665.) und *Iulia* (*Augusti de ui priuata*). *Gai.* II, 45., *d.* §. 2. mit *Theoph.*, §. 8. *I. L.* 33. §. 2. *h. t. L.* 86. *De furtis. L.* 6. *Vi bon. rap. L.* 5. *C. De usuc. p. emp.*

Für den einzelnen Fall sind die speciellen Bedingungen der Usucapion folgende:

1°. Erlangung des juristischen Besitzes und ununterbrochene Fortdauer desselben während der ganzen gesetzlichen Frist. Und zwar von Alters her in eigner Person, so dass man sich die Besitzeszeit seines *Auctor* nicht zurechnen durfte (also ohne *Accessio temporis*); dagegen galt von jeher auch in dieser Beziehung der Erbe mit seinem Erblasser für Eine Person; ingleichen wohl auch die übrigen Universal-Successoren.

Unterbrechung des Besitzes heisst *Usurpatio*, und hebt die angefangene Usucapion so auf, dass alle Wirkung derselben unwiederbringlich wegfällt. *L.* 25. *L.* 2. *L.* 5. *h. t. Gell.* III, 2. Wie der Besitz verloren worden, ob mit Recht oder Unrecht u. dergl., ist ganz gleichgültig. Was dagegen den Besitz nicht aufhebt, wie z. B. die blosse Anstellung der Eigenthumsklage von Seite des Eigenthümers oder die Litiscontestation darüber, das ist auch keine *Usurpatio.* Doch scheint es im alten Rechte wenigstens bei Grundstücken auch eine symbolische *Usurpatio* gegeben zu haben, welche nur zwischen dem Besitzer und dem *Usurpans* die Usucapion störte. Darauf sind die Worte *Ex iure ciuili surculo defringendo usurpare* bei *Cic. de Or.* III, 28, 110. zu beziehen. Vgl. *L.* 5. *h. t.*

2) Der Besitz muss aber auch mit einem rechten Grunde (*iusta caussa*, *iustus titulus*) und in gutem Glauben (*bona fide*) angefangen haben.

Die *bona fides* ist das Nichtwissen fremden Eigenthums.

Der *iustus titulus* ist ein Rechtsgeschäft, welches den Willen der Eigenthumsübertragung in sich schliesst.

Der *iustus titulus* bildet also das objective, richtige Fundament des Irrthums, welcher in der *bona fides* liegen kann; er ist das, was diesen Irrthum zu einem entschuldbaren, probabeln macht. Ein verständiger Mensch irrt in der Regel nicht über die Rechtsgeschäfte, durch welche eine Sache an ihn gekommen ist, auch nicht über ihre rechtliche Bedeutung: dagegen über das *Dominium auctoris* kann auch der Verständigste irren, weil er fremde Angelegenheiten so genau nicht wissen oder erforschen kann. Desswegen soll dieser Irrthum nachgesehen werden und zur Usucapion berechtigen, nicht aber der Irrthum über den Titel.

Ausnahmsweise kann aber auch letzterer Irrthum einmal als entschuldbar erscheinen, z. B. wenn es sich um die Gültigkeit des Titels, etwa wegen der Handlungsfähigkeit des *Auctor*, fragt (Nichtwissen seiner Impubertät, seines *furor* u. dgl.), oder um ein Rechtsgeschäft, welches nicht ein eignes ist, z. B. des Erblassers oder eines Stellvertreters. Ueber solche Fälle hatten die einen Juristen eine strengere, die andern eine mildere Ansicht; man neigte sich aber nach und nach mehr dahin, in solchen besondern Fällen die Usucapion zuzulassen.

Die Usucapion und der ihr zum Grunde liegende Besitz tragen je nach den verschiedenen Titeln besondere Namen, wie *pro emptore*, *pro donato*, *pro legato*, *pro derelicto*, *pro dote*, *pro soluto*, und im Allgemeinen *pro suo*.

Ganz exceptionell hinsichtlich der Requisite der *bona fides* und des *iustus titulus* ist die *Usureceptio*, z. B. bei der *Fiducia* oder bei *Res populo obligatae*. *Gai*. II, 59—61. Davon soll bei den betreffenden Rechtsverhältnissen die Rede sein.

Ebenso die *Usucapio pro herede*: davon im Erbrecht.

Die allgemeine Wirkung der Usucapion ist Zerstörung des bisherigen Eigenthums und Erwerbung neuen Eigen-

thums durch den Usucapienten. Die Usucapion gehört nach allem Gesagten zu den originären, nicht zu den derivativen Erwerbsarten.

§. 67. Accessio.

Wachsthum und anderweitige physische Entwickelung einer Sache wird an und für sich auf das Eigenthum an derselben keinen Einfluss ausüben, wohl aber kann dadurch die Entstehung neuer oder der Untergang bisheriger selbständiger Sachen bewirkt und damit auch das Eigenthum an solchen Sachen bestimmt werden.

Unter diesem Gesichtspunkte fallen folgende Verhältnisse in Betrachtung:

I. Das Getreide auf dem Halm, das Gras auf der Wiese, die Frucht am Baume, der *Foetus* im Leibe der Sclavin oder des Thieres bilden, so lange sie mit der Hauptsache zusammen hangen, einen integrirenden Theil derselben, und sind kein Object selbständigen Eigenthums, weil sie als selbständige Sachen gar nicht existiren. Das werden sie aber mit dem Augenblicke ihrer Trennung, und zugleich geht auch das Eigenthum an der Hauptsache mit auf sie über, gleich als wenn diese anderweitig in getrennte Theile zerfallen wäre, und ohne dass es irgend einer besondern Erwerbshandlung (Apprehension, Perception u. dgl.) von Seite des Eigenthümers der Hauptsache bedürfte. *L.* 44. *L.* 5. §. 2. *De R. V.* *L.* 25. §. 1. *De usuris.* Nähere Bestimmung hiezu nachher.

II. Umgekehrt was in den Boden gesäet oder gepflanzt wird, das verbindet sich durch einen physischen Process (durch das Anwurzeln) so mit dem Boden, dass es als selbständige Sache und mögliches Object von besonderm Eigenthum zu existiren aufhört und zu einem blossen Theile des Bodens wird. Daher wird es auch gleichzeitig von dem Eigenthum an dem Boden ergriffen, und das bisherige besondere Eigenthum daran hört auf, wem es auch immer zugestanden haben mag. *Gai.* II, 74. f. *L.* 7. §. 13. *L.* 9. *pr. De A. R. D.* (vgl. *L.* 6. §. 2. *Arb. fur. caes.*) *L.* 5. §. 3. *De R. V.*

III. Der organischen Verbindung des Pflanzens wird die mechanische des Bauens gleich gestellt, indem auch dabei die einzelnen Materialien als selbständige Sachen physisch zu existiren aufhören; wie denn auch das Gebäude selbst keine von dem Boden getrennte Existenz hat. *Gai.* II, 73. *L.* 49. *pr. De R. V.*

Nur der Unterschied bleibt zwischen der organischen und mechanischen Verbindung, dass bei dieser durch die nachherige Trennung die frühere Existenz der einzelnen Theile als besonderer Sachen wieder auflebt, während bei jenen selbst durch die Trennung die Identität mit der frühern einzelnen Sache (Pflänzling u. dgl.) nicht wieder hergestellt wird. Vgl. §§. 29. 30. *I. De R. D. L.* 7. §§. 10—12. *De A. R. D.* mit *L.* 26. §. 2. *eod.*

IV. Der Boden kann nicht blos Gewächse treiben, er ist auch selbst eines gewissen Wachsthums oder einer physischen Erweiterung fähig. In diesem Sinne kommen folgende Erscheinungen vor, welche sämmtlich durch die Lage des Grundstückes an einem öffentlichen Flusse bedingt sind:

A. *Alluvio*, d. h. das allmälige Anspülen von Erdtheilen. Dieser Zuwachs wird nicht, wie an sich wohl denkbar wäre, als ein neues, selbständiges Grundstück, sondern als blosses Augment und neuer Theil des bisherigen Grundstückes betrachtet, und folgt in dieser Eigenschaft von selbst dem letztern auch hinsichtlich des Eigenthums. §. 20. *I. De R. D. Gai.* II, 70. *L.* 7. §. 1. *De A. R. D.*

B. *Avulsio*. Wenn durch den Lauf des Wassers ein Stück Landes plötzlich losgerissen und mit einem andern Theile des Ufers verbunden wird, so wird es in gleichem Sinne Theil des letztern Grundstückes, sobald die Natur diese neue Verbindung organisch consolidirt hat, was an dem Herüber- und Hinüberwurzeln der Pflanzen erkannt wird. §. 21. *I. De R. D. Gai.* II, 71. *L.* 7. §. 2. *h. t. L.* 9. §. 2. *De dam. infec.*

C. *Alvei mutatio*. Wenn der Fluss sein Bett verlässt und bleibend ein anderes einnimmt, so theilt sich jenes als natürliche Erweiterung unter die anliegenden Grundstücke, so dass es der Länge nach in der Mitte geschieden und dann von den Grenzpunkten der einzelnen Grundstücke Querli-

dien gezogen werden. §§. 23. 24. *I. De R. D. L. 7.* §§. 5. 6. *L.* 56. §. 1. *De A. R. D.* Man dachte sich dies gleichsam als das Aufwachen eines zuvor schon vorhandenen Eigenthums, dessen Ausübung blos durch den bisherigen Lauf des Flusses suspendirt gewesen war. *L.* 30. §. 1. vgl. *L.* 38. *h. t.*

D. *Insula in flumine nata.* Eine solche Erhöhung des Flussgrundes, welcher in so weit aufhört als Flussbett zu dienen, gilt ganz in gleichem Sinne, aus gleichem Grunde und mit gleicher Theilung (wie unter C.) als Theil der Ufergrundstücke. *Gai.* II, 72. §. 22. *I. L.* 7. §§. 3. 4. *L.* 29. *L.* 65. §. 2. Vgl. *L.* 56. §. 1. *h. t.*

Alle diese vier Erscheinungen (A—D.) haben aber die angegebene Bedeutung nur bei *Agris arcifiniis*, nicht bei *limitatis* (§. 31.), weil bei diesen Ziel und Mark und der dadurch begrenzte Flächeninhalt zum eigentlichen Wesen des Grundstückes selbst gehört. *L.* 16. *h. t. L.* 1. §. 6. *De fluminibus.* Vergl. *Sic. Flacc.* und *Aggen. in Frontin.* bei *Goes. p.* 13. 56. f. 69. ff. und *Auctor de Controv. agr.* im Rhein. Mus. Bd. VII. S. 156. ff.

Am Meere können diese Erscheinungen nicht zur Sprache kommen, weil dessen Ufer *extra commercium* sind. §. 22., *I. L.* 7. §. 3. *h. t.* Auch bei Seen u. dgl. wird ihnen wegen ihrer mehr vorübergehenden Natur die obige Bedeutung abgesprochen. *L.* 12. *pr. h. t.*

V. Wie bei dem Bauen eine bewegliche Sache durch mechanische Verbindung an eine unbewegliche ihre selbständige Existenz verlieren und desswegen als blosser Theil von dem Eigenthum an dieser ergriffen werden kann, so kann eine bewegliche Sache auch zu einer andern beweglichen in dasselbe Verhältniss treten. Diesen Fall von Accession (von welchem natürlich alle unter die Begriffe der Specification oder Commixtion und Confusion fallenden zu scheiden sind) pflegt nicht unpassend *Adiunctio* genannt zu werden.

Vor allem war man hier geneigt, den *Schiffsbau* geradezu unter der Analogie des ordentlichen Bauens zu behandeln und namentlich den Kiel des Schiffes gleichsam für das *Solum* zu nehmen. *L.* 61. *De R. V.*

Im Uebrigen kommen hier zwei eigenthümliche Punkte zur Sprache:

1°. Die Unauflöslichkeit der Verbindung. Diese wird z. B. nicht angenommen, wenn ein Edelstein in einen Ring gefasst, oder ein metallener Gegenstand an einen andern angelöthet wurde (*Adplumbatio*, z. B. an eine Statue ein Arm u. dgl.); wohl aber bei der Anschweissung (*Ferruminatio*), bei dem Einweben von Fäden, §. 26. *I. h. t. L.* 23. §. 5. *De R. V. L.* 6. *L.* 7. §. 2. *Ad exhib.*; ganz gewiss zwischen Schrift oder Gemälde und dem Stoffe, worauf sie angebracht sind.

Zwar wird auch bei der auflöslichen Verbindung die selbständige Existenz der Nebensache und damit auch das Sondereigenthum daran aufgehoben, aber hier wird beides durch Wiederlösung hergestellt, und diese Wiederlösung kann durch *Actio ad exhibendum* erzwungen werden; was alles bei der (relativ) unauflöslichen Verbindung sich umgekehrt verhält. *dd. ll.*

2°. Es kann hier zu einer besondern Frage werden, welche von zwei verbundenen Sachen die Hauptsache und welche die Nebensache sei, welche also ihre Existenz an die andere aufgebe und damit auch dem Eigenthum nach als Theil der andern folge. Dabei sahen die Römer unmittelbar auf das körperliche Verhältniss und die dadurch gegebene natürliche Bestimmung der Sache, namentlich also darauf, welche der beiden für sich bestehenden Sachen dem jetzt aus ihrer Verbindung entstandenen Ganzen körperlich näher komme: dagegen soll nicht der höhere Geldwerth die Frage entscheiden. §. 26. *I. h. t. L.* 19. §§. 13. 15. 20. *L.* 29. §. 1. *De auro arg. L.* 26. §. 1. *h. t.* (*Plin. H. N.* XXXIII, 2. spöttisch: *Aurum* [*in calice*] *iam accessio* [*gemmarum*] *est.*) Andeutung von Controversen s. in *L.* 27. §. 2. *h. t. L.* 23. §. 2. *De R. V.*

Wie bei Schrift und Gemälde? Bei jener scheint man allgemein angenommen zu haben, dass sie dem Stoffe folge; bei diesem war die Frage controvers, und Justinian entschied zu Ehren der schönen Kunst in umgekehrtem Sinne. *Gai.* II, 77. 78. §§. 33. 34. *I. h. t. L.* 9. §§. 1. 2. *eod. L.* 3. §. 14. *Ad exhib. L.* 23. §. 3. *De R. V.* Nur gilt letzteres natürlich dann nicht, wenn das Gemälde blos die Bestimmung hat, für den

Gegenstand, auf welchem es angebracht ist, z. B. für die Wand u. dgl., als Verzierung zu dienen. *L.* 39. §. 1. *De H. P.*

Fasst man nun die sämmtlichen Fälle der *Accessio* (I—V.) noch zusammen in's Auge, so haben sie das gemeinsame, dass in denselben in ganz besonderm und eminentem Sinne *naturaliter* Eigenthum erworben und verloren wird. Während wir uns gewöhnlich unter dem *Naturalen* eine Rechtshandlung des *Ius gentium* denken, welche das Subject des Eigenthums an einer Sache bestimmen soll, so ist es hier eine rein objective, physische Veränderung der Sache (ganz gleich viel wer sie vornehme), welche eine Veränderung im Eigenthum ganz von selbst und nothwendig nach sich zieht.

In dem Falle I. wächst aus meiner Sache eine andere heraus, und dieser physische Ursprung bewirkt es, dass sich mein Eigenthum an der Hauptsache gleichsam passiv auf die Frucht vererbt, sobald dieselbe eine eigene Existenz erhält und dadurch fähig wird, nicht mehr blos als Theil, sondern selbständig, Object des Eigenthums zu sein.

In den übrigen Fällen (II—V.) wächst eine fremde Sache gleichsam in meine Sache hinein oder an dieselbe an, sie hört auf als selbständige Sache zu existiren, und geht desswegen (also wie durch Untergang) aus dem bisherigen Eigenthum heraus; sie fängt zugleich an, Theil meiner Sache zu sein, und nimmt damit nothwendig deren Eigenschaft als meines Eigenthums an, ohne desswegen selbständiges Object meines Eigenthums zu werden.

Wie also bei der Frucht (I.) durch die Trennung Eigenthum erworben wird, ohne dass es jemand verliert, so wird in den übrigen Fällen (II—V.) Eigenthum verloren, ohne dass es jemand erwirbt: jenes dort durch die Verwandlung eines bisherigen Theiles in eine selbständige Sache, dieses hier durch die Verwandlung in umgekehrter Weise.

Das aber erscheint als einfache Folge des besondern Sinnes, in welchem die *Accessio naturale* Erwerbsart ist, dass das neue Eigenthum, welches dadurch erworben wird, immer von selbst den rechtlichen Charakter (*ex iure Quiritium* oder *in bonis*) des bestehenden Eigenthums an der Sache annimmt, welcher etwas in angegebener Art entwachsen oder zugewachsen ist. (s. darüber unten §. 69.)

Schliesslich sind folgende zwei Punkte zu beachten:

1°. Der Anspruch des verlierenden Eigenthümers auf Ersatz. — Ein solcher ist in dem Falle I. nicht denkbar, in dem Falle IV. positiv nicht anerkannt. Dagegen in den Fällen II. III. V. steht theils eine allgemeine Ersatzklage zu, welche *Actio in factum* oder auch *Utilis in rem actio* genannt wird und gegen den besitzenden Eigenthümer geht, wenn dieser oder sein Vorgänger selbst, oder wenn aus Irrthum der jetzige Kläger die Verbindung bewirkt hat; theils gilt für den Fall III. die besondere *Actio de tigno iuncto*, wenn der Beklagte die Verbindung bewirkt hatte. Dabei hat wenigstens in den Fällen unter V. der Eigenthümer, wenn er *bona fide* war, die Wahl entweder selbst zu entschädigen oder gegen Entschädigung die Sache abzutreten. Ist dagegen der Verlierende im Besitz, so steht ihm gegen die Vindication des Eigenthümers die *Exceptio doli* zu, um unbeschränkt oder doch nach den Regeln der *Impensae* Ersatz zu erzwingen, je nachdem die Verbindung durch den Eigenthümer oder aus Irrthum durch ihn selbst geschehen ist. *Gai.* II, 76—78. *L.* 23. §§. 4. 5. *L.* 5. §. 3. *De R. V.* *L.* 9. §§. 1. 2. *De A. R. D.* §§. 33. 34. *De R. D.*

2°. Ein ganz positiver Specialsatz (beschränkend für die obige Regel I.) ist es, dass der *Bonae fidei possessor* durch die Separation der Früchte (im engern Sinne des ordentlichen Ertrages) deren Eigenthümer wird. *L.* 13. a. E. *Quib. mod. ususfr.* *L.* 25. §. 1. *De usuris.*

Auf Usucapionsbesitz kommt es dabei nicht an. So hebt z. B. die *mala fides superveniens* diesen Fruchterwerb auf. *L.* 48. *pr.* §§. 1. 2. *L.* 23. §. 1. *De A. R. D.* *L.* 48. §. 6. *De furtis.*

Der *Bonae fidei possessor* gilt also für den Erwerb der Früchte einstweilen als Eigenthümer der Hauptsache, und dieser Fruchterwerb ist der Lohn seiner Bewirthschaftung. §. 35. *I. De R. D.* d. *L.* 48. *pr.*

Dass dessen ungeachtet eine Obligation auf Rückgabe der *Fructus extantes* an den Eigenthümer durch die Litiscontestation über die *Rei vindicatio* begründet wird, darüber s. oben §. 40.

§. 71. Wesen und Arten der Servituten.

Die Vertheilung des Grundbesitzes, wie sie bei einiger Civilisation allerwärts Statt findet, hat bei allem Guten, was dadurch gefördert wird, doch auf der andern Seite im Einzelnen immer etwas willkürliches, ja oft widernatürliches, und es macht sich vielfach spürbar, wie die Natur eine gewisse Continuität des Bodens begründet, und wie die willkürlich gezogenen Grenzen, wenn sie im schroffen Sinne des Eigenthums festgehalten werden, die Bewirthschaftung, das Gedeihen, gleichsam das individuelle Wohl der einzelnen Grundstücke einengen und gefährden.

Benachbarte Grundstücke (man denke zunächst an ländliche) verschiedener Eigenthümer sind gewöhnlich durch die Natur nicht absolut geschieden, sondern sie bedürfen oft eines des andern. Das eine producirt z. B. im Ueberfluss Wasser, Kalk, Holz u dergl., während das andere solcher Dinge fortwährend bedarf, aber für dieses Bedürfniss innerhalb seiner Grenzen keine Befriedigung findet. Auch die Bewegung zu und von meinem Grundstücke oder zwischen meinen verschiedenen und getrennten Grundstücken, und damit die ganze Bewirthschaftung, kann gehemmt, ja ganz unmöglich gemacht werden, wenn das benachbarte Grundstück sich abschliesst und sich mir für Weg, Wasserleitung u. dgl. nicht öffnet.

In den Städten vollends bringt das Nachbarverhältniss eine stete und unausweichliche Wechselwirkung zwischen den Häusern hervor. Gesetzt auch jeder Eigenthümer bleibt innerhalb der Schranken seines Eigenthumsrechtes, wirkt also nur auf seinem Grund und Boden, und enthält sich jeder körperlichen Einwirkung auf das Nachbarhaus, in wie hohem Maasse hängt dennoch das Wohl und Wehe jedes Hauses von dem Thun und Treiben des Nachbars ab, und wie wenig kann dieser z. B. an den Dimensionen seines Gebäudes ändern, ohne dass jener und sein Haus bleibenden Vortheil oder Nachtheil spürt! Und wie oft kommen die Häuser schon bei ihrer Entstehung so nahe zusammen, dass

das eine ohne eine gewisse körperliche Einwirkung auf das andere kaum stehen kann!

Das alles ruft zwischen den benachbarten Grundstücken, sowohl städtischen als ländlichen, einen gewissen Verkehr hervor zu dem Zwecke, nach dem individuellen Bedürfniss die schroffe Abscheidung, welche der nackte Begriff des Eigenthums gibt, *in concreto* zu mildern und gleichsam die scharfen Ecken abzuschleifen. Das geschieht so, dass durch ein Rechtsgeschäft von dem Eigenthum des Einen irgend ein bestimmtes, positives oder negatives, Element abgezogen und dem Eigenthum des Andern zugelegt wird, so dass nun der Eine etwas unterlassen muss, was er sonst kraft seines Eigenthums thun dürfte, oder etwas thun darf, was er sonst kraft des Eigenthums des Nachbars unterlassen müsste. Das Erstere ist eine Verengerung des positiven Elementes des Eigenthums mittelst Erweiterung des negativen auf Seite des Nachbars, das Letztere ist das Umgekehrte: der gähe und glatte Schnitt des Eigenthums erhält dadurch gleichsam eine Auszackung. *L.* 5. §. 9. *De O. N. N.*

So kommt es, dass das Grundstück nicht mehr juristisch absolut abgeschlossen und gleichsam souverän für sich selbst besteht, sondern in einer gewissen einzelnen Beziehung dem Nachbargrundstücke *dient, servit:* daher der Name dieses Rechtsverhältnisses: *Servitus.*

Durch diesen Verkehr treten die Grundstücke unter einander in ein ähnliches Verhältniss wie die Menschen in allgemein ökonomischer Beziehung durch die Obligationen, nur dass dabei wieder das Veränderliche und Vergängliche des Persönlichen mit dem Festen und Dauernden der liegenschaftlichen Verhältnisse in Gegensatz tritt; wogegen hier wie dort der Verkehr seine rechte Belebung und sein Motiv in der häufig vorkommenden Erscheinung findet, dass der Nachtheil des Gewährens viel kleiner als der Vortheil des Empfangens ist.

Wie übrigens der Gehalt des Eigenthums durch besondere Verkehrshandlungen für bestimmte einzelne Grundstücke modificirt werden kann, so haben wir oben (§. 39.) einige solche Modificationen durch allgemeine Regeln für alle Grundstücke begründet gefunden, und man hat auch diese zuwei-

len unter den Begriff der *Servitut* gezogen und sie *Legal-Servituten*, im Gegensatze der *Verkehrs-Servituten*, genannt. Das Element des Individuellen und Verkehrsmässigen wird aber bei dem Begriffe der Servitut besser festgehalten; daher wir denn jene allgemeinen Modificationen mit der Entwickelung des Begriffes des *Eigenthums* selbst verbunden haben.

Noch gibt es nun aber eine andere Art von Servituten, welcher ein ganz verschiedener ökonomischer Gedanke zum Grunde liegt.

Es kommt im Verkehre häufig vor, dass jemand einem Andern rein für dessen Person eine lebenslängliche Einnahme oder die Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses verschaffen und ihm zu diesem Ende den Gebrauch oder Genuss eines bestimmten Vermögensstückes gewähren will, und zwar so, dass einerseits das Recht des Empfängers nicht durch eine persönliche Verpflichtung vermittelt sein, sondern in einer unmittelbaren Beziehung zu der fraglichen Sache bestehen, und dass anderseits diese Sache in dem Vermögen des Gewährenden verbleiben, überhaupt kein Kapitalstück aus diesem in das Vermögen des Empfängers übergehen, sondern lediglich der Ertrag oder sonstige Gebrauch letzterm zustehen und für dessen Lebenszeit dem Eigenthümer abgehen soll. Zu diesem Zwecke kann sowohl an einer beweglichen als an einer unbeweglichen Sache ein *Ius in re aliena* begründet werden, dessen Subject eine bestimmte *Person* ist, und dessen Inhalt in dem Genusse oder Gebrauche oder einer ähnlichen Befugniss besteht. In diesem Maasse *dient* also hier die Sache ausnahmsweise einem bestimmten Nichteigenthümer (wie dort ein Grundstück dem andern), und so spricht man auch hier von *Servitus*. Dieses Recht muss aber seiner ganzen Bestimmung nach spätestens mit dem Tode seines Inhabers erlöschen, da es wesentlich an seine Person gebunden ist.

Das ist der Grundgedanke der *Personal-Servituten*, welchen jene Servituten der erstern Art unter dem Namen von *Real-* oder *Prädial-Servituten* gegenüber stehen.

Es wird sich übrigens später zeigen, wie sehr die Römer in der Zulassung von dinglichen Beschränkungen des Eigenthums überall strenges Maass gehalten haben, und in

dieser Beziehung mag schon jetzt bemerkt werden, dass die Personal-Servituten zwar den Inhalt des Eigenthums in bedeutendem Grade erschöpfen, dafür aber mit der Lebensdauer ihres Inhabers ihr gesetztes Ziel und Ende finden; wogegen die Prädial-Servituten zwar auf beständige Dauer angelegt sind, aber ihrem Gehalte nach einen verhältnissmässig ungleich kleinern Theil des Eigenthums in Anspruch nehmen.

Für beiderlei Servituten gemeinsam gilt es, dass durch dieselben dem Eigenthümer entweder ein *Non facere* oder ein *Pati*, niemals aber ein *Facere* aufgelegt wird. Das liegt in dem Wesen der Servituten als ausgeschiedener Bestandtheile und als Beschränkungen des Eigenthums; denn es gibt kein *Non facere*, zu welchem man kraft des Eigenthums berechtigt wäre, und welches sich also durch Ausscheidung in ein *Facere* des Eigenthümers, worauf einem Servitutberechtigten ein Recht zustände, verwandeln könnte.

Was übrigens die Römer, von der Person des *belasteten Eigenthümers* ausgehend, *Servitus quae in patiendo* und *quae in non faciendo consistit* nennen, das pflegen wir, von der Person des *Inhabers* aus, als *affirmative* und *negative* Servituten (*Thun* und *Hindern*) sich entgegen zu setzen.

Dass endlich alle Servituten unveräusserlich sind und bis zu ihrem Untergange gebunden entweder an das Grundstück oder an die Person, für welche sie errichtet worden, das liegt nothwendig in ihrer oben angegebenen Bestimmung, und es bedarf weder hiefür noch in irgend einer andern Beziehung des *Puchta*'schen Gedankens, wonach alle Servituten (reale und personale) auf den *Usus* wie auf eine gemeinsame Basis zurück geführt werden; — welcher Gedanke mir überhaupt als durchaus verfehlt und unrömisch vorkommt.

---

§. 80. Usus.

Usus sine fructu, Gebrauch ohne Genuss. §. 1. *I.* *L.* 1. §. 1. *L.* 2. *pr. h. t.*

Schon diese Verschiedenheit von dem *Ususfructus* im

Umfang der Befugnisse zieht eine andere wesentliche Verschiedenheit in dem Charakter beider Rechte nach sich.

Wer sich die Früchte der Sache aneigne, ist für die Sache und für den Proprietar (vorausgesetzt dass er selbst sie nicht bekommen soll) gleichgültig. Nicht so wer die Sache körperlich beherrsche und behandle. Nun ist aber bei dem *Ususfructus* letzteres (*uti*) nur Mittel für ersteres (*frui*), welches die Hauptsache ausmacht; daher denn dem Usufructuar beliebige Uebertragung der Ausübung seines Rechtes, durch Verpachtung u. dgl., frei stand. Dagegen bei dem *Usus* ist das *uti* das Einzige: daher die Regel, dass auch die Ausübung des Rechtes durch den Usuar nur in eigener Person geschehen darf.

Bei diesem Unterschiede hinsichtlich der *Ausübung* bleiben sich beide darin doch gleich, dass das *Recht* selbst hier wie dort unabänderlich an die Person des Inhabers geknüpft ist.

So einfach nach dem Gesagten der Begriff des *Usus* sich darstellt, so verwickelt sich die Anwendung desselben doch dadurch, dass nicht bei allen Sachen der eigentliche *Gebrauch* sich von dem eigentlichen *Genusse* gleich leicht trennen lässt, und dass in Testamenten und andern Rechtsgeschäften oft von *Usus* gesprochen wird, wo man doch etwas von unserm obigen Begriffe verschiedenes meint.

Bei einem Wohnhause ist die Anwendung leicht: der Usuar darf wohnen, aber nicht vermiethen; bei Thieren gehört der Gebrauch zum Reiten, Tragen, Ziehen zum *Usus*, die Jungen, die Wolle, die Milch, das Miethgeld zum *Fructus*.

Dagegen bei einem gewöhnlichen Acker, Wiese, Wald ist ein blosser *Usus* ohne *Fructus* gar nicht möglich. Wie nun aber, wenn doch der *Usus* an einer solchen Sache legirt ist? Da sagen die Römer: der *Ususfructus* ist gemeint und nur irrig das Wort *Usus* gebraucht: und dies stützt sich auf ein Rescript von Hadrian, *L.* 22. *pr. h. t.*

Ebenso wenn an *verzehrlichen* Sachen der *Usus* legirt ist, *L.* 5. §. 2. *L.* 10. §. 1. *De usufr. ear. rer.*

Nun gibt es aber gewisse Mittelfälle, in welchen aus objectiven oder subjectiven Gründen *Usus* nur an einem

Theile der dazu verordneten Sache möglich ist, z. B. an einem Hause mit vielen Wohnungen oder an einem Landgute. *Dort* soll der Usuar, wieder nach dem muthmasslichen Willen des Gebers, das Ueberflüssige vermiethen dürfen, *L.* 2. §. 1. *L.* 4. *pr. h. t.*; *hier* soll er nicht blos wohnen, spazieren und dgl., sondern auch von allen Producten (Gemüse, Wein, Obst, Getreide, Holz) zu seinem Hausgebrauch frei nehmen, aber nicht verkaufen: also geniessen in Natura, aber keinen Gelderwerb daraus machen. §. 1. *I. L.* 12. §. 1. *h. t.*

Endlich bei einer Schafheerde würde nach dem einfachen Begriffe des *Usus* nur der Mist dem Usuar gehören (*Plin. H. N.* XVII, 6. a. E. *ubi saturus erit frumentum, oves ibi delectato*), denn Milch, Wolle, Lämmer sind *Fructus*. Dabei blieben auch manche Juristen stehen. *Ulpian* aber sagt, wieder *ex voluntate*: er mag sich auch mit Bescheidenheit der Milch bedienen. *L.* 12. §. 2. vgl. §. 4. *I. h. t.*

Die ganze Lösung der scheinbaren Schwierigkeit besteht demnach darin, dass bei solchen Verhältnissen mehr auf den Willen als auf den Wortsinn geachtet wird. Dem Begriffe des *Usus* thut dies keinen Eintrag.

Dem *Usus* geht schliesslich eine ganz ähnliche Obligation und Caution parallel wie dem *Ususfructus*. *L.* 5. §. 1. *L.* 11. *Ususfr. quemadm.*

---

§. 84. Enstehung der Servituten.

I. Die Entstehung einer rechten Servitut wird durch folgende Rechtshandlungen, *resp.* anderweitigen Gründe, bewirkt:

1°. *In iure cessio*, also symbolische *Vindicatio servitutis* mit *Confessio* und *Addictio*. *Gai.* II, 29. 30. 32. *Ulp.* XIX, 11. Beispiele: *L.* 30. §. 1. *L.* 21. *L.* 27. §. 1. *De S. P. U.*

2°. *Mancipatio*, doch nur bei *S. P. R. Gai.* II, 29.

Indessen kann auch durch *Mancipatio* jede Servitut dann bestellt werden, wenn die Sache selbst mancipirt und dabei die Servitut für den bisherigen Eigenthümer in Abzug gebracht wird (*deducere*, *detrahere*; was auch bei der *In iure cessio* zulässig ist) *Gai.* II, 33. *Vat. Fragm.* 47. 50.

3°. *Adiudicatio in iudicio divisorio*, mit dem Unterschiede zwischen *legitimum* und *imperio continens*. *Vat. Fragm.* 47. *L.* 6. §. 1. *De usufr. L.* 22. §. 3. *Fam. herc. L.* 6. §. 10. *L.* 18. *Comm. div.*

4°. *Legatum.* Davon im Erbrecht.

5°. *Lege* wird besonders nach dem neuern Familienrecht und Erbrecht namentlich der *Ususfructus* vielfach erworben.

6°. *Usucapio* als selbständige Begründung von Servituten fand im ältern Rechte Statt, wurde aber durch eine sonst ganz unbekannte *Lex Scribonia* ausgeschlossen, *L.* 4. §. 29. *De usurp.* (*Libertatem seruitutium usucapi posse uerius est: quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae seruitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata seruitute. Itaque si cum tibi seruitutem deberem, ne mihi, puta, liceret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero: sublata erit seruitus.* Dabei scheint mir *Puchta* §. 256. ohne Grund jene alte *Usucapio* auf die *S. P. V.* zu beschränken, während sie wohl bei den *S. P. R.* noch viel näher lag. Vgl. auch *Pandl.* I, 17, 2., wo ich lieber mit *Schilling Inst.* §. 201. eine von der *Lex Scribonia* übrig gelassene *Usureceptio* als die Erklärung von *Puchta* §. 257. *not. w.* annehmen möchte. Die Personal-Servituten dürften wohl eher von der *Usucapio* ausgeschlossen gewesen sein, wie von dem ursprünglichen Begriffe *Seruitus* selbst. Aus dem Satze, dass die unkörperlichen Sachen der Tradition unfähig seien, *Gai.* II, 28. *L.* 43. §. 1. *De A. R. D.* scheint für Puchta's Ansicht (a. a. O. *not. r.*) nichts zu folgen.

Eine solche *Seruitus iure constituta*, wie sie auf dem bezeichneten Wege zu Stande kam, setzte nun aber volles römisches Eigenthum an der Sache selbst voraus, und war also subjectiv unzugänglich den Personen, welche nicht *Commercium* hatten, und objectiv unmöglich bei denjenigen Sachen, welche nicht in quiritarischem Eigenthum sein konnten: letzteres also namentlich bei Provincial-Grundstücken.

Und doch war auch in solchen Fällen das Bedürfniss von Servituten vorhanden, und da das *Ius ciuile* nicht half,

so musste hier wie sonst die *Tuitio magistratus* helfen. Das geschah mittelst folgender Regeln:

1°. Bei Provincial-Grundstücken dient anstatt der *Mancipatio* und *In iure cessio* der Vertrag. *Gai.* II, 31. Zur Bestärkung wurde oft eine Strafsumme versprochen. *L.* 2. §. 5. *L.* 4. §. 1. *L.* 49. §. 1. *L.* 85. §. 3. *L.* 111. *De V. O.* Doch liess man bald auch eine dingliche Klage *utiliter* zu. Und zwar im Verfolg auch da, wo die gehörigen Formen möglich gewesen wären, aber versäumt worden waren. Das führt zu der *utilis confessoria*, wovon §. 87. Auch für die Entstehung des dinglichen Rechtes setzte man fortwährend einen Werth auf die *Stipulatio*. *Vat. Fragm.* 47. *L.* 33. *pr.* *De S. P. R.*

2°. Für den Fall, wo es an der Form oder an dem *Dominium auctoris* gefehlt hatte, fing man an, der blossen Tradition und dem daraus folgenden Besitze eine gewisse Wirkung zuzuschreiben, wie denn weiter daraus die Lehre von der *Quasi possessio* sich für alle Fälle ganz allgemein entwickelte. (Die Beziehung der Tradition auf die *Publiciana* s. §. 87.)

Wie ist nun aber Tradition bei Servituten als *Res incorporales* möglich?

Das machte sich anfänglich am leichtesten bei den Personal-Servituten, deren Ausübung doch mit Detention der Sache selbst verbunden ist, so dass man früher (noch zu Cicero's Zeit, s. *Keller Semestria ad M. T. C.* II, 1, 4. *p.* 345.) sogar Besitz annahm. *L.* 1. *pro Quib. mod. ususfr. Vat. Fragm.* 61. *L.* 25. §. 7. *L.* 3. *pr.* *De usufructu.* — Dann aber auch bei den *Servitutes praediorum;* wenigstens bei denjenigen, deren Ausübung in einer bleibenden Anstalt oder in einer intermittirenden Handlung besteht: hier liess man nämlich die Ausübung von der einen und die Zulassung *(patientia)* von der andern Seite zusammen für Tradition gelten. *L.* 11. §. 1. *De Publ.* *L.* 1. §. 2. *De S. P. R.* *L.* 5. *De servitt.* *L.* 1. §§. 9. 6. 7. *De superfic.* — Bei den rein negativen Servituten findet sich dagegen die Tradition nicht erwähnt.

3°. Die *Longi temporis possessio* von 10 und 20 Jahren wurde allmälig als naturale Erwerbsart der Servituten anerkannt, erst für *provincialia praedia*, dann für alle über-

haupt; doch wohl nur bei den Prädial-, nicht bei den Personal-Servituten. Statt der *bona fides* und des *iustus titulus* bei dem Sachbesitze forderte man hier blos Fehlerlosigkeit des Quasi-Besitzes, d. h. das *Nec vi nec clam nec precario;* so dass jeder Widerspruch des Eigenthümers die weitere Ausübung zu einer gewaltsamen machte und diese *longa consuetudo* unterbrach. *L.* 10. *pr. Si seru. uind.* *L.* 1. *L.* 2. *C. De seruitt.* (III. 34.) *L.* 1. §. *ult. De aq. et aq.* *L.* 5. §. 3. *De itin. act. q. pri.*

Im Justinianeischen Rechte ist nun nach dem Wegfallen der *Mancipatio* und *In iure cessio* der formlose Vertrag neben den andern aufgezählten Begründungsarten die ordentliche Art der vollgültigen Bestellung geworden. §. 1. *I. De usufr.* §. 4. *I. De S. P.* — Daneben ist die *Longi temporis possessio* mit gleich voller Wirkung anerkannt, und zwar für alle Servituten, auch die Personal-Servituten. *L.* 12. *extr.* (*De praescri. lo. te.* (VII, 33.)

II. Als materielle Bedingung der sofortigen Entstehung der vollgültigen Servitut erscheint natürlich im alten und neuen Rechte, bei förmlichen und formlosen Geschäften, das volle Eigenthum des Bestellers an der dienenden Sache, und bei *Seruitutes praediorum* auch des Empfängers an dem *Praedium dominans*, *L.* 1. §. 1. *L.* 6. *pr.* *L.* 8. *Comm. praed.*

Selbst der wahre Eigenthümer kann nicht eine gültige Prädial-Servitut auflegen, wenn ihm der *Usus fructus* fehlt: und zwar soll in der Regel selbst der Consens des Usufructuars nichts helfen. *L.* 15. §. 7. *L.* 16. *De usufructu.* Letzteres lag wohl ganz in der Natur der *In iure cessio*, wonach der Proprietar nicht hinlänglich legitimirt war, und es für den Usufructuar keine Form der Intervention gab, in welcher er seinen Consens hätte erklären können. Bei der Mancipation wäre die Sache wohl angegangen. Zwischen *Ulpian* und *Paullus* a. a. O. bestand vermuthlich Meinungsverschiedenheit, indem jener die Ausnahme der *L.* 16. wohl nicht anerkannte, dieser aber die ganze Regel nicht, welche zu treu an dem Wesen der *ernsthaften Legis actio* hing, so dass *Paullus* seine *L.* 16. ohne Voraussetzung des Consenses schrieb. Die Zusammenfügung gerade dieser Stellen aber ist ein sonderbares Manoeuvre der Compilatoren. Der andere Grund,

welchen *Puchta* §. 256. m. für die Regel des §. 7. *cit.* vermuthet, weil nämlich der Usufructuar seinen *Usus* nicht theilweise habe aufgeben können, ist nicht wahrscheinlich.

---

§. 88. Verhältniss zwischen der Actio confessoria und negatoria.

Wenn man, der allgemeinen Ansicht gemäss, die Prädial-Servituten als die ältern, die Personal-Servituten als die jüngern ansieht, so müssen ursprünglich die *Actiones confessoria* und *negatoria* einzig für jene bestimmt gewesen sein.

Fragen wir aber nach ihrer formellen Gestalt zur Zeit der *Legis actiones*, so standen sie ohne Zweifel unter der Processform des *Sacramentum*. Dann aber muss sich das Aio ius... mihi esse und das nego ius... tibi esse gegenüber gestanden haben wie das *Vindicare* und *Contra vindicare* bei der Eigenthumsklage. Wie diese ein *Iudicium duplex* war, so in jedem einzelnen Falle die *Confessoria* und *Negatoria* oder die *Negatoria* und *Confessoria* zusammen.

So wären diese Klagen aber nur fähig gewesen, den Streit gerade zwischen Eigenthümer und Servitut-Ansprecher auszutragen, gleichwie die *Vindicatio rei per sacramentum* nur denjenigen zwischen zwei Eigenthumsansprechern. Würde sich der Beklagte nicht anmaassen — gegenüber der Eigenthumsklage *das Eigenthum*, gegenüber der *Negatoria das Recht das Fragliche zu thun*, gegenüber der *Confessoria das Recht das Fragliche zu hindern;* sondern würde er dort blos *den Besitz*, hier *das Thun* oder *das Hindern*, oder allenthalben blos *den fraglichen Schaden* oder *dessen Betrag* läugnen, so wäre er *(de intentione, actione) confessus*, und es könnte sich blos noch um ein *Arbitrium de aestimanda lite* handeln.

Auch abgesehen davon hätte es nichts auffallendes, dass die *Actio negatoria* und *confessoria* nur auf den Streit zwischen Eigenthümer und Servitut-Ansprecher, also auf den weit

aus gewöhnlichsten Fall, eingerichtet gewesen wäre, da dieses ja entschieden bei der Eigenthumsklage insofern sich ganz ähnlich verhielt, als dieselbe nur gegen den Eigenthumsansprecher eingerichtet war.

Später (im System der *Formulae*) wurden freilich diese beiden Klagen einseitige, und gingen gegen jeden Störenden, wie die Eigenthumsklage auch; nachdem alle das *Arbitrium litis aestimandae* eben in sich aufgenommen hatten, so dass die *Actio* nicht mehr aus einer blossen *Intentio* bestand, sondern zugleich auch eine *Condemnatio* enthielt. Das Andenken des bezeichneten frühern Verhältnisses hat sich aber unter anderm darin erhalten, dass es selbst bei dem jüngern *Ususfructus* noch in *L.* 5. §. 1. *Si ususfr. pet.* in Frage gestellt wird, ob die *Actio confessoria* blos gegen den *Dominus* oder auch gegen jeden Dritten gehe. Und bei manchen *Servitutes praediorum* ist etwas anderes als das Erstere kaum denkbar, *L.* 6. §. 3. *Si seru. uind.*

Sollte nun aber bei der alten Duplicität von *Confessoria* und *Negatoria* jemals dem Litiganten mit Aio die *Negatoria* und demjenigen mit Nego die *Confessoria* zugeschrieben worden sein? z. B. Nego tibi ius esse aedes altius tollere invito me (oder *Aio tibi ius non esse ....*) sollte *Confessoria*, und Aio mihi ius esse u. s. w. sollte *Negatoria* gewesen sein? Oder sollte sich hier später die Klagebezeichnung gänzlich geändert haben?

Beides ist mir gleich unwahrscheinlich.

Was ist denn aber *Confessoria* und was *Negatoria*?

Man kann sich, wie schon oft gesagt wurde, jede Prädial-Servitut als eine Erweiterung des Eigenthums auf der einen und als eine entsprechende Verengerung desselben auf der andern Seite denken. Thut man dieses, so fällt der Begriff der Servitut als eines selbständigen Rechtes ganz weg: wir haben dann blos noch erweitertes und geschmälertes Eigenthum. Das ist eine mehr ursprüngliche Vorstellung, zu welcher erst successiv die Abstraction der Servitut als eines selbständigen Rechtes hinzu tritt und sie in den Hintergrund stellt. Vgl. *L.* 5. §. 9. *De O. N. N.* *L.* 86. *De V. S.* *L.* 12. *Quemadm. seruitt.*

Geht man aber von jener ursprünglichen Vorstellung aus, so sind uns dann die *Confessoria* und *Negatoria* Klagen *aus dem Eigenthum*.

Da aber die Namen derselben wahrscheinlich von den Formularen der ältesten Klagen hergenommen sind und diesen also entsprechen müssen, so muss wohl *Confessoria* die Klage heissen, mit welcher der Eigenthümer die Befugniss behauptet etwas zu thun, auf seinem Grundstücke oder auf dem des Beklagten, kraft des Eigenthums in seinem natürlichen Umfang oder in Folge einer Erweiterung desselben in seinem positiven Element; — dagegen die *Negatoria* die Klage, mit welcher der Eigenthümer die Befugniss des Nachbars läugnet etwas zu thun, wieder auf seinem Grundstücke oder auf demjenigen des Klägers, — läugnet kraft des natürlichen Eigenthums oder kraft einer Erweiterung desselben in seinem negativen, d. h. prohibitiven Elemente.

Demnach wäre die *Actio confessoria* einfach die Eigenthumsklage aus dem positiven Elemente des Eigenthums, und die *Negatoria* diejenige aus dem negativen oder prohibitiven; und es würde dabei gar nichts ausmachen, ob das Eigenthum in seinem natürlichen Umfange oder mit einer künstlichen Erweiterung geltend gemacht wird, woraus man später den Begriff der *Servitut* abstrahirte.

Als letzteres aber geschehen war, so zeigte sich bald, dass weit die meisten Servituten *positivae*, d. h. Erweiterungen des positiven Elementes des Eigenthums, (s. oben §. 71.) sind. So kam also die *Confessoria* weit häufiger in den Fall, eine Servitut geltend zu machen als die *Negatoria*. Sie erschien desswegen κατ' ἐξοχὴν als die *Servituten-Klage*. Daher Aeusserungen wie in *L. 2. pr. Si serv. vind.* (*Ulpian .... confessoria ei* [*competit*], *qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino, qui negat*); — desto begreiflicher, je mehr schon in der spätern klassischen Zeit die Rücksicht auf die materielle Bedeutung der Klagen neben derjenigen auf ihre äussere Fassung hervor trat. Dennoch glaube ich kaum, dass Ulpian z. B. die *Actio de iure altius non tollendi* eine *Confessoria* nannte; wenigstens wäre dies ein ganz moderner Sprachgebrauch gewesen, zuwider demjenigen bei *Gai.* IV, 3. und besonders in §§. 1. 2. *I. De actionibus.*

Dagegen erklärt sich nach diesem Gange der Sache ganz natürlich, dass man gar keinen Anstand nahm, für das *ius altius tollendi* u. dgl. die *Actio confessoria* zuzulassen und darin sogar eine Servitut anzuerkennen, während man strenge darauf beharrte, dass der Eigenthümer niemals könne *intendere, ius sibi esse uti frui*, *L.* 5. *pr. Si ususfr. pet.* Vgl. *L.* 4. §. 7. *Si seru. uind.*

---

§. 93. Natur und Bestimmung des Pfandrechtes.

Alle Vermögensrechte sind für ihre ökonomische Wirksamkeit wesentlich abhängig von dem allgemeinen Schicksale des Individuum, gegen welches sie unmittelbar gerichtet sind. Dieses Individuum ist bei den Verhältnissen des Sachenrechtes eine *Sache*, bei den Obligationen eine *Person*. Untergang oder Verschlechterung ist die Gefahr bei beiden: dort in ganz natürlichem, physischem Sinne; hier dagegen in ökonomischem Sinne, denn für die Gefahr des Todes des Schuldners ist durch die Beerbung und die darin liegende künstliche Fortsetzung seiner Person gesorgt. Als ökonomischer Untergang oder Verschlechterung einer Person aber erscheint uns ihre *Insolvens*.

Man ist nun im Verkehre auf mancherlei Mittel verfallen, um sich bei beiden Arten von Rechtsverhältnissen gegen die erwähnte Gefahr zu decken. Dahin gehört z. B. bei den Obligationen die Bürgschaft in allen ihren Gestalten. Ganz besonders aber hat man versucht, die sachenrechtlichen Verhältnisse durch Obligationen und die Obligationen durch sachenrechtliche Verhältnisse zu garantiren: *jenes* indem man einen Andern für die Erhaltung einer bestimmten Sache dem Eigenthümer persönlich verantwortlich macht; wovon wir im Obligationenrecht eine Menge von Beispielen antreffen werden; — *dieses* durch das Institut des *Pfandrechtes*.

Jede Obligation findet sich bei ihrer Errichtung für die Erfüllung auf eine mehr oder weniger entfernte Zukunft gestellt. Der Creditor hat also nicht blos die gegenwärtige Solvens seines Schuldners, sondern, was noch viel schwieriger ist, auch die künftige zu ermessen. Er wird dabei zu-

nächst sein Augenmerk richten auf die vorhandenen Vermögensstücke des Schuldners, insbesondere auf die in dessen Eigenthum befindlichen Sachen. Indem er aber diese als Mittel seiner künftigen Befriedigung auf den Nothfall betrachtet, muss ihn eine gedoppelte Ungewissheit stören; ein Mal, ob diese Sachen seiner Zeit noch wirklich in dem Vermögen des Schuldners sich befinden werden; und zweitens, in welchem Maasse die Concurrenz anderer Creditoren die Möglichkeit, darauf seine Befriedigung zu erlangen, schmälern oder übrig lassen werde. Diese zwiefache Ungewissheit kann nun beseitigt und so dem Creditor für seine künftige Befriedigung eine wesentliche Sicherheit gewährt werden dadurch, dass ihm schon jetzt ein unmittelbares Recht an einer bestimmten Sache oder an einer Mehrheit von solchen constituirt wird, des Inhaltes, dass er ein für alle Mal auf dieser Sache, und zwar vorzugsweise vor andern Creditoren, seine Befriedigung solle suchen und die hiefür nöthigen Verfügungen über dieselbe treffen dürfen, und zwar mit so gutem Rechte, als der Schuldner selbst jetzt daran hat, und als womit dieser selbst, wenn er wollte, diese Sache zur Befriedigung dieses Gläubigers jetzt verwerthen und verwenden könnte; — so dass also von diesem Rechte des Schuldners an der Sache schon jetzt so viel gleichsam ausgeschieden und zu einem eignen Rechte des Creditor constituirt wird, als dieser bedarf, um sicher dereinst diese Sache zu seiner Befriedigung verwenden zu können.

Das ist der Grundgedanke des Pfandrechtes, welches uns bei der versuchten Entwickelung von selbst und unter den Händen zu einem *Ius in re aliena* geworden ist: nur dass wir uns darauf gefasst machen müssen, dass bei aller Allgemeinheit jenes Grundgedankens doch die technische Gestaltung des dem Creditor zu gewährenden Rechtes hier so und dort anders ausfallen kann, und nicht absolut nothwendig und allenthalben gerade in ein *Ius in re aliena* auslaufen muss.

Wie übrigens durch das Pfandrecht, je nach seiner positiven Gestaltung, neben der Sicherheit des Gläubigers vor wirklichem Verlust auch grössere Schnelligkeit und Leich-

tigkeit der Realisirung, also eine Hülfe gegen die Langsamkeit der Execution, erzielt werden kann, das wird sich im Verfolge zeigen.

§. 97. Entstehung der Hypotheca, Interdictum Salvianum, Actio Serviana und quasi Serviana, hypothecaria.

Die bisherigen Formen der Verpfändung erschienen zuerst als unzureichend in einer bestimmten einzelnen Art von Fällen, welche aber wichtig waren und besonders häufig und gleichmässig vorkamen. Das ist der Pacht von landwirthschaftlichen Grundstücken. Wie sollte hier der Pachtzins sichergestellt werden?

Die werthvollen Vermögensstücke des Pächters bestanden doch sehr gewöhnlich in seinem Inventar, d. h. in Sclaven, Thieren und Geräthschaften. Als Faustpfand konnte er diese nicht geben, weil er ihren Besitz nicht entbehren konnte. Die *Fiducia* passte schon nach dem Obigen (§. 96.) nicht recht. Zudem ist ein solches Inventar in seinem Inhalte veränderlich (Sclaven und Thiere gehen ab, neue werden zugeboren, zugekauft, das Leblose nutzt sich ab und muss durch Neues ersetzt werden), und eignet sich daher weit besser zu einer generellen Verpfändung, welche in den beiden alten Arten gar nicht möglich war.

So wurde man hier durch ein dringendes, alltägliches Bedürfniss veranlasst, eine neue Art von Verpfändung zuzulassen, nämlich diejenige durch blossen Vertrag ohne Uebertragung von Eigenthum oder Besitz. Dafür muss sich schon im sechsten Jahrhundert eine feste Uebung gebildet haben, denn schon in den Muster-Formularen zu Pachtcontracten bei *Cato de R. R. c.* 146—150 findet sich die Verpfändung der *Illata* überhaupt oder einzelner Gegenstände daraus durch den blossen Vertrag vor. Dabei übersahen die Verpächter schon damals die Gefahr keineswegs, dass der Pächter seine Sachen von dem Gute wegbringen möchte, und hiegegen traf man schon in dem Pachtvertrage Vorsorge theils durch directes Wegbedingen, theils durch eine beigefügte *Lex com-*

missoria für den Fall des Zuwiderhandelns (*d. cap.* 146. „... *quae in fundo illata erunt, pigneri sunto: ne quid eorum de fundo deportato; si quid deportaverit, domini esto*“).

Wie aber, wenn der Pächter zwar nichts wegbrachte, aber auch den fälligen Pachtzins nicht bezahlte? Sollte hier der Verpächter auf die blosse gemeine Personal-Execution reducirt sein? und sollte er nicht vielmehr in den ihm verpfändeten Illaten auch ein Mittel finden, sich ohne jene bezahlt zu machen durch Verkauf von diesen, ähnlich wie die *Fiducia* hiefür die rechtliche, das *Pignus* die factische Möglichkeit gab? Diese Frage wurde gewiss bald bejaht, und es konnte sich nur darum handeln, dem Verpächter den Besitz zu verschaffen, und ihn dadurch hinsichtlich der Möglichkeit des Verkaufes wenigstens dem Faustpfandgläubiger gleich zu stellen, oder vielmehr ihn in Wahrheit zu einem solchen zu machen.

Dieser Zweck wurde erreicht durch Einführung des *Interdictum Salvianum*, eines *Interdictum adipiscendae possessionis* und *prohibitorium*, d. h. eines durch den Verpächter auszuwirkenden Strafbefehles zunächst an den Pächter, dass er gutwillig jenen die *Illata* in Beschlag und zu Handen nehmen lasse. (Die Nichtbezahlung des Pachtzinses wird als Veranlassung ausdrücklich erwähnt bei *Theoph.* zu §. 3. *I. De Interdictis.*)

Dasselbe mag ungefähr so gelautet haben:

QUAE (*familia, pecus, instrumentum, supellex caeteraeue res*) IN FUNDUM D. Q. A. A TITIO COLONO (*uel ab eo, cuius in locum successit*) INDUCTA, INVECTA, IMPORTATA, IBI NATA PARATAVE SUNT, DE QUIBUS INTER TE ET ILLUM CONVENIT, UT TIBI PRO MERCEDE EIUS FUNDI PIGNORI ESSENT, NISI EA MERCES SOLUTA EOVE NOMINE SATISFACTUM EST, NEQUE PER TE STAT, QUOMINUS SOLVATUR SATISVE FIAT: QUOMINUS ILLA TIBI ABDUCERE AUFERRE LICEAT, VIM FIERI VETO.

Wie aber weiter, wenn zu der Zeit, da der Verpächter zu dieser Execution auf die Illaten schreiten wollte, einzelne derselben sich nicht mehr auf dem Grundstücke, sondern im Besitze eines Dritten befänden?

In der Regel werden sie durch Veräusserung des Pächters an diesen Dritten gekommen sein: diese Veräusserung

stand aber im Widerspruch mit der Verpfändung, war widerrechtlich, und hat bei sorgfältiger Fassung der letztern sogar Verfall an den Verpächter zur Folge gehabt. Daher mag man um so weniger Bedenken getragen haben, obiges Interdict auch gegen den Dritten zu gewähren, als dasselbe in seiner wörtlichen Fassung hiefür gar kein Hinderniss darbot. Freilich konnte es ausnahmsweise auch vorkommen, dass die fragliche Sache schon zur Zeit ihrer Illation jenem Dritten gehörte, oder vielleicht einem Andern, von welchem er sie inzwischen erworben, oder dass der Verpächter die Veräusserung der ihm wirklich haftenden Sache erlaubt hatte, u. dgl. Dann musste dem Beklagten durch eine *Exceptio* geholfen werden, etwa so (nach PIGNORI ESSENT): EXTRA QUAM QUOD IN BONIS EIUS QUICUM INTERDICITUR EST; oder: EXTRA QUAM QUOD EIUS QUICUM INTERDICITUR EST, dann aber für den Fall unrechtmässiger Veräusserung mit der *Replicatio*: AUT SI QUID CONTRA QUAM IN LOCATIONE CONVENERAT EIUS FACTUM EST.

Sieht man aber speciell auf den schon erwähnten Fall, da der belangte Dritte das Eigenthum des Pächters überhaupt, und schon für die Zeit der Illation, bestreitet, so musste sich hier folgende processualische Schwierigkeit darstellen:

Würde *der Pächter selbst* gegen den Dritten das *Eigenthum* an der fraglichen Sache verfolgen, so geschähe dieses natürlich durch die *Rei vindicatio*, eine einfache, reipersecutorische *Actio arbitraria:* jetzt dagegen, wo der *Verpächter* gegen denselben Dritten in demselben Streite auftritt, und wirklich nichts anderes als wieder das Eigenthum des Pächters geltend macht, soll dieser Dritte in den Interdict-Process und dessen Pönal-Sponsionen verwickelt werden, also denselben Streit *cum periculo* durchfechten, welchen er gegen den Pächter selbst ganz ohne alles *periculum* führen könnte. Und doch ist es für den Dritten ein rein zufälliger Umstand, dass der angebliche Eigenthümer nicht selbst seine Sache verfolgt, sondern ein Verpächter, welchem er sie verpfändet hat. In dieses unbillige Verhältniss gerieth aber dieser Dritte blos desswegen, weil der Verpächter zur Verfolgung seines Pfandes kein anderes Rechtsmittel hatte als das Interdict, welches seinem processualischen Charakter nach

doch eigentlich nur für das Verhältniss zwischen Verpächter und Pächter berechnet und angelegt ist.

Dieser Uebelstand forderte Abhülfe. Man hätte diese darin suchen können, dass man dem Verpächter gegen den Dritten die Eigenthumsklage des Pächters, wie einem *Procurator in rem suam* (also mit blosser Umstellung der *Condemnatio*) gegeben hätte. Allein (ungerechnet, dass das vorliegende Bedürfniss sich wohl früher zeigte als man die rechte Gewohnheit hatte, dergleichen ohne den Willen des eigentlichen Inhabers der *Actio*, hier also des Eigenthümers, zu thun) denn hätte sich der Verpächter alle Veräusserungen des Pächters, welche doch während des Pachtes als widerrechtlich erschienen, gefallen lassen müssen.

Das (vielleicht neben Anderm) veranlasste die Einführung der *Actio Serviana*, von welcher wir wissen, dass sie sich genau auf denselben Special-Fall von Verpfändung durch blossen Vertrag bezog wie das *Interdictum Salvianum*. §. 7. *I. De actionibus*. — Dass sie, wie dieses, ihren Namen von dem Prätor hatte, der sie zuerst aufstellte, scheint mir nicht bezweifelt werden zu dürfen, wie Puchta thut; die Zeit der Einführung aber ist ungewiss, und darin hat Puchta vollkommen recht, dass er die Meinung, der bekannte Jurist *Servius Sulpicius* sei dieser Prätor gewesen, für rein aus der Luft gegriffen erklärt.

Die *Actio Serviana* mag ihrem wesentlichen Inhalte nach ungefähr so gelautet haben:

SI EA RES D. Q. A. EX ILLIS EST, DE QUIBUS, QUUM IN BONIS TITII ESSENT, INTER AULUM AGERIUM ET TITIUM CONVENIT, UT QUAE IN FUNDUM Q. D. A. INDUCTA, INVECTA, IMPORTATA ESSENT, PRO MERCEDE EIUS FUNDI PIGNORI ESSENT, SIVE EX ALIQUA EARUM RERUM NATA PARATAVE EST, NEQUE EA MERCES SOLUTA EOVE NOMINE SATISFACTUM EST, NEQUE PER AULUM AGERIUM STAT, QUOMINUS SOLVATUR SATISVE FIAT, NISI ARBITRATU TUO NUMERIUS NEGIDIUS AULO AGERIO RESTITUAT, QUANTI EA RES ERIT, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVE.

Diese *Actio* verhielt sich nun zu dem *Interdictum Salvianum* gerade wie bei den *Interdictis restitutoriis* die *Formula arbitraria* zu dem Sponsionsverfahren, welches auch sie zu vermeiden bestimmt war. Ihren materiellen Bestim-

nung nach ging sie vorzugsweise gegen den Dritten, und enthielt daher die Bedingung des *In bonis (coloni)* zur Zeit der Verpfändung, *L.* 23. *De probat.*: *L.* 15. §. 1. *De pign.* *L.* 6. *C. Si alie. res pi.* (VIII, 16.); was für die gewöhnliche Anwendung des *Interdictum Salvianum* gegen den Verpfänder selbst etwas ganz unerhebliches war, und daher dort nur bei dem aussergewöhnlichen Gebrauche gegen einen Dritten eine *Exceptio* veranlassen konnte. Doch enthielt auch die *Actio Serviana* nichts, was sie unfähig gemacht hätte, gegen den Verpfänder selbst gebraucht zu werden; nur war das *Interdictum Salvianum* gegen diesen vortheilhafter, nicht blos des eben erwähnten Umstandes wegen, sondern ganz besonders, weil bei der auf Realisirung und Execution gerichteten Absicht des Klägers ihm mit einem Strafbefehle, der doch für allen Widerspruch und jegliche Weiterung des Gegners etwas abschreckendes hatte, weit besser gedient sein musste als mit einer *Actio arbitraria*, welche ihm nicht mehr als eine Condemnation auf denjenigen Betrag verhiess, welches er ohnehin schon zu fordern hatte.

Dass jetzt nach Einführung der *Actio Serviana* das *Interdictum Salvianum* gegen den Dritten ausgeschlossen wurde, ist einfache Folge des beschriebenen Entwickelungsganges, und findet sich in *L.* 1. *C. De precario* (VIII, 9.) mit der grössten Bestimmtheit ausgesprochen. Dennoch scheint diese Consequenz nur allmälig festen Fuss gefasst zu haben, und wir finden in *L.* 1. *pr.* §. 1. *De Salv. interd.* und bei *Theoph.* zu §. 3. *I. De interdictis* noch unzweifelhafte Spuren der ältern Theorie, wonach das *Salvianum* auch gegen den Dritten Statt fand: was sich sehr natürlich daraus erklärt, dass überhaupt ein altes Rechtsmittel um eines neuen willen, das man bekommen hatte, nicht so leicht aufgegeben wurde, und dass das *Salvianum* seiner Wortfassung nach fortwährend auch auf diesen Fall passte.

So hatte man jetzt zwei Rechtsmittel, durch welche ein blos vertragsmässiges Pfandrecht theils gegen den Verpfänder theils gegen jeden Dritten geltend gemacht werden konnte, und zwar mit dem Erfolge, dem Pfandgläubiger den Besitz zu verschaffen, und so sein *Vertragspfand* in ein *Faustpfand* zu verwandeln. Das galt aber alles nur

für den ganz speciellen Fall eines verpachteten *Praedium rusticum*, und war hier durch ein alltägliches, gleichförmiges und dringendes Bedürfniss des Verkehres in's Leben gerufen worden.

Ein ähnliches Bedürfniss mochte sich nun aber, zumal als der Verkehr mannigfaltiger und lebhafter wurde, auch bei andern Verhältnissen zeigen, und es musste oft als sehr erleichternd und wünschenswerth erscheinen, dass ein Schuldner seinem Gläubiger ohne *Fiducia* und ohne Faustpfand eine wirksame Sicherheit mittelst seiner Sachen in ähnlicher Weise durch blossen Vertrag bestellen könnte. So fand sich der Prätor erst in einzelnen Fällen, dann immer häufiger bewogen, aus einer Verpfändung durch blossen Vertrag eine Klage zu gewähren, welche der *Actio Serviana* mittelst blosser Veränderung derjenigen Worte, welche in dieser des Pachtes und seiner eigenthümlichen Verhältnisse gedachten, nachgebildet und daher *Actio quasi Serviana* genannt wurde: — bis man zuletzt die Regel anerkannte, dass für jede Art von Obligation jede beliebige Sache durch blossen Vertrag verpfändet werden könne, und dass aus solcher Verpfändung eine *Actio in rem* gegen jeden Besitzer Statt finde, mit demselben Erfolg und in derselben Art, wie die *Actio Serviana* des Verpächters hinsichtlich der ihm verpfändeten *Illaten*.

In diesem Sinne kam nun eine stehende Klage in das Edict, welche nach dem Vorbilde der *Serviana* ungefähr so gelautet haben muss:

TITIUS IUDEX ESTO. SI PARET, EAM REM Q. D. A. AB EO, CUIUS IN BONIS TUM FUIT, OB PECUNIAM (*sive rem*) DEBITAM (*promissam u. dgl.*) AULO AGERIO PIGNORI OBLIGATAM, EAMQUE PECUNIAM NEQUE SOLUTAM NEQUE EO NOMINE SATISFACTUM ESSE, NEQUE PER AULUM AGERIUM STARE, QUOMINUS SOLVATUR SATISVE FIAT, NISI ARBITRATU TUO EAM REM NUMERIUS NEGIDIUS AULO AGERIO RESTITUAT, QUANTI EA RES ERIT, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVE.

Man nannte diese Klage fortan *Quasi Serviana*, wie gesagt, oder *hypothecaria*, auch mitunter *Serviana* schlechthin, *L.* 28. *pr. De pign. act. L.* 3 *pr. L.* 7. *L.* 10. *L.* 18. *L.* 21. §. 1 *De pignoribus*; wie denn für das Rechtsverhältniss eines solchen Vertragspfandes selbst der Name *Hypotheca*, im Gegensatz des Faustpfandes, *pignus*, gangbar wurde. Der grie-

chische Name deutet darauf, dass das Verhältniss selbst im *griechischen* Verkehre früher als im *römischen* anerkannt war.

Wurde nun aber diese *Actio in rem* erst ein Mal für jedes *Vertragspfand ohne Besitz* gegeben, so konnte es keinen Anstand finden, sie auch zur Verfolgung des *Vertragspfandes mit Besitz* (*Pignus*, *L.* 238. §. 2. *De V. S.*) dienen zu lassen, sobald bei diesem der Pfandgläubiger durch Verlust des Besitzes in den Fall kam, einer *Actio* zu bedürfen, die er ja bisher neben den Interdicten auch nicht gehabt hatte. Zuletzt reichte die *Actio hypothecaria* gerade so weit als das Pfandrecht selbst, wie dasselbe auch immer entstanden sein mochte. Insbesondere ist also hinsichtlich der *Actio hypothecaria* zwischen *Pignus* und *Hypotheca* jetzt kein Unterschied mehr. §. 7. *I. De actionibus*. *L.* 5. §. 1. *De pignoribus*.

Eine ähnliche analoge Ausdehnung wie die *Actio Serviana* fand das *Interdictum Salvianum* nicht: für die *Sicherheit* des Gläubigers genügte die *Actio hypothecaria*; und für das *pönale* und zugleich *executorische* Element des *Salvianum* schien in andern Fällen kein dringendes Bedürfniss vorhanden zu sein. (Eine Spur solcher Ausdehnung wäre am ehesten in *Paull. R. S.* V, 6, 16. zu finden, viel eher wenigstens als in *L.* 1. *C. De precario* (VIII, 9.) Vgl. *L.* 1. *C. De pact. pign.* (VIII, 35.) *L.* 3. *C. De pign.* (VIII, 14.))

In Folge der ganzen beschriebenen prätorischen Rechtsbildung fand sich der Pfandgläubiger durch den blossen Verpfändungsvertrag in eine rechtliche Stellung versetzt, kraft welcher er das Pfand so gut als ein Eigenthümer durch eine *Actio in rem* von jedem Besitzer einklagen konnte, und welche doch nicht *Eigenthum*, weder *quiritarisches* noch *bonitarisches*, war. Da sie aber doch *eine directe Beziehung zu der Sache*, *unvermittelt durch irgend ein persönliches Verhältniss*, enthielt, so lag wohl die Abstraction sehr nahe, das Verhältniss des Pfandgläubigers als ein *Jus in re aliena* zu betrachten, dessen Inhalt aus so vielen Elementen des Eigenthums besteht, als erfordert werden, um diese Sache zur Sicherheit und Befriedigung des Gläubigers dienen zu lassen. So wird dieses Pfandrecht denn auch von den Römern *Jus in re* genannt und als solches dem *Ususfructus*

u. dgl. an die Seite gestellt. *L.* 30. *De nox. act. L.* 19. *pr. De dam. infe.* Nur ist stets festzuhalten, dass es kein *civiles Ius in re* ist, sondern blos *tuitione praetoris constat*, gleich manchen Fällen von Personal- und Prädial-Servituten, gleich dem *In bonis* neben dem *Ex iure Quiritium*: wie denn auch die *Serviana* und *Quasi Serviana* reine *Actiones in factum conceptae* sind, von Grund aus neu durch den Prätor componirt, da sich keine vorhandene *Actio* darbot, an welche dieselben mittelst *Fiction* oder *Umstellung* u. dgl. hätten angelehnt werden können. (*Puchta* will ganz mit Unrecht aus *L.* 1. §. 1. *De Salv. interd.* und *L.* 16. *De servitt.* auf die Eigenschaft der *Serviana* als einer *utilis* in *diesem* Sinne [und zwar *fictitia*] schliessen, während er die *Quasi Serviana* als *in factum concepta* anerkennt.)

---

§. 105. Gegenstand und Inhalt der Obligationen überhaupt.

I. Als Gegenstand von Obligationen wird sehr gewöhnlich *dare*, *facere*, *praestare* erwähnt: so neben einander bei *Gai.* IV, 2. *L.* 13. §. 6. *De A. E. V. L.* 37. *pr. De op. libert.*

Dare heisst technisch das Verschaffen des Eigenthums oder eines *Ius in re.* §. 14. *I. De Actionibus. L.* 75. §. *ult. De V. O. L.* 37. *De usufr. L.* 19. *De S. P. R.* — Daneben hat es eine vulgäre Bedeutung, eben so weit als „*geben*“.

Facere bedeutet jede Handlung, positive oder negative (also selbst *Unterlassung*), mit Inbegriff des *dare. L.* 175. *L.* 189. *L.* 218. *De V. S.* — In einem engern Sinne macht es dagegen den (erschöpfenden) Gegensatz des *dare. L.* 5. *pr.* §§. 2—4. *De praescr. verb. L.* 2. *pr. De V. O. L.* 33. §. 1. *De fideic. lib.* Vgl. §. 7. *I. L.* 75. §. 7. *De V. O. L.* 121. *De R. I.*

Praestare, wo es von *dare* und *facere* unterschieden wird, bezieht sich wohl auf diejenigen Leistungen, auf welche die Obligation, insbesondere das Rechtsgeschäft, welches dieselbe begründete, nicht ursprünglich direct gerichtet war, sondern welche zum Gegenstand der Obligation wurden erst in Folge anderweitiger Ereignisse und Handlungen, deren Folgen der fragliche Schuldner in irgend einer Weise auf sich zu nehmen hat. Das Wort *praestare* wäre dann un-

serm „*gewähren*" ähnlich, welches ungefähr eines solchen engern Sinnes ebenfalls fähig ist.

Uebrigens kommt das Wort *praestare* in den verschiedensten Nuancen vor, wie auch häufig in einem ganz vulgären Sinne; und seine technische Bedeutung ist daher heutzutage im höchsten Grade bestritten (*Göschen* bezieht *praestare* auf *Nebenleistungen*, *v. Savigny* auf die Delictsklagen, *Puchta* auf *Actiones* mit *damnum decidere oportere* und *in factum*, *Rudorff* auf *Satisdation* und *Repromission*, *Schilling* auf Leistung des Interesse oder auf andere Nebenleistungen und das Einstehen für die Folgen einer Handlung oder Begebenheit, *Marezoll* auf die gegenseitigen Leistungen aus *bonae fidei* Obligationen, im Gegensatz von *dare* und *facere*, was die zwei Arten der einseitigen Leistungen aus *stricti iuris obligationes* bezeichne (!), *Huschke* auf die eventuellen Verpflichtungen hauptsächlich bei *bonae fidei obligationes*, wie *Culpa, Interesse, Eviction*; u. s. w.) Sie war wohl auch bei den Römern nie vollkommen scharf bestimmt. Zur Zeit der klassischen Juristen war man längst gewohnt, unter den Worten *dare*, *facere* alle möglichen Objecte einer Obligation zu begreifen, und wo das Hinzufügen des *praestare* noch vorkam, war es ein Ueberrest aus der ältern Zeit, in welcher man in den Formeln der Klagen und Rechtsgeschäfte viele *Synonyme*, welche wohl gewisse Schattierungen andeuteten, aber keineswegs scharf geschiedene Begriffe ausdrückten, ängstlich häufte, um auch bei der wörtlichsten Interpretation ja nichts ungetroffen zu lassen. So kommen in ähnlicher Weise auch noch die Ausdrücke *tradere*, *exhibere*, *reddere*, *restituere*, *repromittere* vor. *Cic. p. Q. Ro.* 4, 12. *L.* 18. *pr. De acceptil.*, *Lex Rubria cap.* 22. — Vgl. im Allgemeinen *Keller*, *Semestr. ad M. T. C.* II. *p.* 311. und über *Restituere* insbesondere das. *p.* 299.

II. Der Gegenstand der Obligation ist entweder ein *Certum* (*certa pecunia* oder *certa res*, und zwar das darauf gerichtete *Dare*, wobei indessen *Res* auch ein *Ius in re aliena* begreifen kann) oder ein *Incertum*. Das hing aufs genaueste mit dem gleichnamigen Gegensatze unter den *Actiones* zusammen. Ueber den Begriff des *Certum* s. *L.* 6. *De R. C.* *L.* 74. *L.* 75. *De V. O.*

Bei der alten Bedeutung des Gegensatzes zwischen *Iudicia* und *Arbitria* (s. *Keller*, Röm. Process, §. 17.) können wir den Begriff von *certa* und *incerta obligatio* dahin bestimmen:

Certa: deren Existenz oder Nicht-Existenz der *Iudex* nach *Ius civile* und nach Form und Inhalt des zum Grunde liegenden Rechtsgeschäftes zu beurtheilen haben wird;

Incerta: deren Bedeutung und Inhalt der *Arbiter* erst festsetzen wird.

Bei der neuern und höhern juristischen Bildung, gemäss welcher auch das *Arbitrium* des Richters auf eine objective Rechtstheorie und Subsumtion der gesammten thatsächlichen Verhältnisse unter dieselbe basirt sein soll, ist *certa obligatio* diejenige, deren Gegenstand schon bei ihrer Begründung quantitativ und qualitativ fest bestimmt ist; *incerta* diejenige, deren Gegenstand von der Zeit der Errichtung an erst noch einer selbständigen Entwickelung, gleichsam einem natürlichen Wachsthum, je nach eintretenden Umständen und Verhältnissen anheim fällt. Auch bei *Kauf*, *Miethe* u. dgl., welche von Anfang an bestimmte Leistungen zu enthalten pflegen, liegt wenigstens die *Möglichkeit* anderweitiger Entwickelung stets nahe, und desswegen blieben sie ein für alle Mal bei den *incertae*; wozu auch die *Zweiseitigkeit* und die von daher leicht zu erwartende Verwickelung entscheidend mitbestimmen musste. Ueberhaupt führte die Durchbildung der *Aequitas* mehr und mehr zur Erweiterung des Begriffes des *Incertum*, unter welches man z. B. erst in dieser spätern Zeit auch jede Obligation zog, deren Gegenstand ein *Ususfructus* (an einer noch so bestimmten Sache) oder eine alternative Leistung (mit noch so bestimmten Gliedern) war. Vgl. hierüber *Keller*, über den *Fructus sine usu* u. s. w., in der *Zeitschr. f. gesch. R. W.* XV, 5.

---

§. 109. Zinsen.

Zins ist das Aequivalent für den Gebrauch oder Genuss eines Vermögensstückes. Im engern und eigentlichen Sinne

setzt man aber als solches ein Quantum fungibler Sachen voraus, und denkt als jenen Gegenwerth eine Quote, welche *in gleicher Art* periodisch zu entrichten ist: *Usurae, Foenus.* *Gell.* XVI, 12. *Festus v. Fenus.* *Nonius Marc. v. Faenus* p. 38., *v. Mutuum* p. 297. *(Ed. Gerlach)* *Varro de L. L.* V, 183. *Isidor.* V, 25.

Die Zinsen erscheinen als der *Ertrag* und insofern als *künstliche Frucht* des Capitals (*Caput, Sors*), gleichwie Miethe und Pachtzins bei *Species*.

Geld ist zwar der gewöhnliche Gegenstand der Zinsleistung; doch kann derselbe auch, entsprechend dem Capital, in andern fungiblen Sachen bestehen.

Die *Berechnung* der Zinsen pflegte zu Cicero's Zeit und fortan nach Procenten zu geschehen, nur nicht, wie heutzutage, *jährlich*, sondern *monatlich*. So auch die *Bezahlung*: daher die *tristes Calendae* bei *Horat.* Sat. I, 3, 87., die *celeres Calendae* bei *Ovid. Remed. amor.* 561., und der Name *Calendarium* für das *Zinsbuch*. — *Centesimae usurae*, d. h. 1 *pro Cent monatlich* war in Sprache und Rechnung der Normalfuss, die Einheit, der *As*, so dass jeder andere Zinsfuss als Multiplication oder als Bruchtheil davon ausgedrückt wurde: so auf der einen Seite *binae, ternae, quaternae centesimae* (d. h. 2, 3, 4 *p. C.* monatlich), auf der andern *deunces, decunces, dodrantes, besses, septunces, semisses, quincunces, trientes, sextantes usurae* (d. h. $\frac{11}{12}$ bis $\frac{2}{12}$ *p. C.* monatlich oder 11 bis 2 *p. C.* jährlich). Vgl. *Heineccii Antiqq.* III, 15, 18—30.

Die *Verpflichtung* eigentliche Zinsen zu bezahlen ist *reell* immer eine accessorische und verbunden mit einer Hauptobligation auf Leistung des Capitals, obgleich je nach der Natur von dieser jene accessorische Natur *formell* bald mehr bald weniger hervor tritt. Die Zinsverpflichtung erfordert nämlich zu ihrer Entstehung bald ein eigentlich darauf gerichtetes Rechtsgeschäft (gewöhnlich *Stipulation*, möglich auch *Testament*, *L.* 3. §. 6. *De ann. leg.*); bald genügt formloser Vertrag in Verbindung mit dem Hauptcontract, bald nimmt man sie ohne alle besondere Abrede als in der Hauptobligation von selbst enthalten an: daher denn auch in den letztern beiden Fällen die Zinsforderung nicht anders

als in und mit der Hauptklage geltend gemacht werden kann. Im Ganzen ist letzteres die Gestalt der Sache bei den *Bonae fidei negotiis,* ersteres bei den *Stricti iuris. L.* 7. *L.* 39. *De neg. gest. L.* 24. *Depos. L.* 2. *L.* 4. *C. eod.* (IV, 34.) *L.* 17. §. 4. *L.* 32. §. 2. *De usuris. L.* 13. *C. eod.* (IV, 32.) *L.* 75. §. 9. *De V. O.*, *L.* 1. *C. De iudiciis* (III, 1.). *L.* 8. *De eo q. cer. lo. L.* 13. §§. 20. 21. *L.* 49. §. 1. *De A. E. V. L.* 24. *De praescr. ver. L.* 34. *extr. Mand.*, *Vat. Fragm.* 2. *Paull.* II, 14, 1.

Das Genauere und Einzelne muss bei den einzelnen Rechtsgeschäften dargestellt werden.

Die Zinsobligation gehört unter diejenigen Erzeugnisse des Verkehres, bei welchen besondere Rücksichten auf das Verhältniss der Interessenten zu einander und auf das gemeine Wohl eine gewisse Beschränkung der Vertragsfreiheit fordern; und dieses ziemlich allgemein, in alter und in neuer Zeit, anerkannte Postulat hat in den römischen Verhältnissen eine gesteigerte Veranlassung und Unterstützung gefunden, und sowohl die öffentliche Meinung als die Gesetzgebung vielfach beschäftigt. Vgl. z. B. *Tac. A.* VI, 16: *Sane uetus urbi foenebre malum et seditionum discordiarumque creberrima caussa; eoque cohibebatur antiquis quoque et minus corruptis moribus. Nam etc.* Ungunst gegen das *Foenus*: *Cic. de Off.* II, 25, 89 ... *pascere* ... *arare* ... *Quid fenerari? Cato: Quid hominem occidere? — Cato de R. R. in Prooem.*: *Est interdum praestantius mercaturis rem quaerere, ni tam periculosum siet, et item foenerari, si tam honestum siet. Colum. de R. R. in Praef.* 8: *An foeneratio probabilior sit, etiam his inuisa, quibus succurrere uidetur? Plin. H. N.* XXXIII, 14: *Sed a nummo prima origo auaritiae, foenore excogitata quaestuosaque segnitia.*

So finden wir vor Allem Bestimmungen über den höchsten erlaubten Zinsfuss *(legitimae usurae)*.

Schon die XII Tafeln enthielten eine solche Bestimmung, durch welche *Unciarium foenus* als solcher erklärt wurde. *Tac. A.* VI, 16: *(Nam primo XII Tabulis sanctum, ne quis unciario foenore amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium agitaretur, dein rel.)*

Und diese Bestimmung scheint *A. u.* 397. aufs neue durch ein Gesetz *(Lex Duillia Maenia)* eingeschärft worden zu

6

sein, *Liv.* VII, 16., nachdem *A.* 387. die berühmte *Triplex rogatio C. Licinii et L. Sextii* durchgegangen war, s. *Rechtsgeschichte* §. 9. S. 23.

A. u. 412. wurde das Zinsdarlehn ganz verboten, *Liu* VII, 42: (*inuenio apud quosdam, L. Genucium, Tr. pl., tulisse ad populum, ne foenerare liceret. Tac. A.* VI, 16: *Postremo uetita uersura, multisque rel.*)

Doch kann dieses Gesetz nicht lange Bestand gehabt haben, obgleich von da bis auf *Sulla's* Zeit ein weiteres Gesetz über den Zinsfuss nicht bekannt ist. Ueberhaupt aber wurden diese Zinsgesetze, je strenger sie waren, desto mehr umgangen, *Tac. l. l.* (*multisque plebiscitis obuiam itum fraudibus, quae, totiens repressae, miras per artes rursum oriebantur*); wie uns denn wenigstens Einer dieser Kunstgriffe, nebst dem dagegen erlassenen Gesetze, von *Liuius* XXXV, 7. unter dem Jahre 561. überliefert ist.

Dass übrigens die Uebertretung der *Leges foenebres* auch mit Geldstrafen bedroht war, davon sind aus Gesetzgebung und Praxis viele Notizen erhalten, *Cato de R. R. in Prooem.*: (*Maiores nostri hoc sic habuerunt et ita in legibus posuerunt, furem dupli condemnari, foeneratorem quadrupli. Quanto peiorem ciuem existimarint foeneratorem quam furem, hinc licet existimari.*) *Ps.-Ascon. in Diuin.* 7. *Gai.* IV, 23. Beispiele von Anklagen durch die *Aediles* sehe man bei *Liu.* VII, 28. X, 23. XXXV, 41.

Was für ein Zinsfuss war nun aber das *Foenus unciarium*? Legt man dabei die obige Berechnungsweise zum Grunde, wobei 1 *p. C.* monatlich die Einheit ausmacht, und jeder geringere Zinsfuss in Zwölftheilen, *unciae*, dieser Einheit ausgedrückt wird, so ist das *Unciarium foenus* $\frac{1}{12}$ jener Einheit, d. h. $\frac{1}{12}$ *p. C.* monatlich oder 1 *p. C.* jährlich. Und das war wirklich in früherer Zeit die gewöhnliche Meinung (*Muretus, Sigonius, Salmasius, I. Fr. Gronouius, Ernesti, Noodt, Heineccius*); ja diese Meinung ist noch neuerlich mit wahrer Leidenschaft vertheidigt worden von *Chr. Ludw. Friedr. Schultz*, Grundlegung zu einer geschichtlichen Staatswissenschaft der Römer, Köln 1833. 8. S. 375. fgg.

Dagegen haben Andere, und noch neuerlich *Hüllmann*, Römische Grundverfassung. Bonn 1832. 8. S. 173., die *Uncia*

nicht als $\frac{1}{12}$ *jenes Zinsfusses*, sondern des *Capitals* verstanden, und dann unter Beibehaltung der *Monatrechnung* glücklich einen Zinsfuss von $8\frac{1}{3}$ *p. C.* monatlich oder 100 *p. C.* jährlich als den Sinn des *Unciarium foenus*, des gesetzlichen Zwölftafelzinsfusses (!), herausgebracht. (Hauptgründe bilden die Notizen bei *Livius*, VI, 14., über den verschuldeten *Centurio*, „*multiplici iam sorte exsoluta*," also wenigstens dreifach, und über 40. Jahre alt kann er doch nicht gewesen sein; und VI, 36. „*foenore potius quam sorte creditum soluere.*")

Nach *Manutius* zu *Cic. ad Fam.* V, 6. und Andern soll *Unciarium foenus* gleichbedeutend sein mit *Centesimae usurae* bei *Cicero* und sonst (nämlich die monatliche Zinsrechnung, welche für den Monat $\frac{1}{12}$ von dem beträgt, was die Jahreszinsrechnung, *centesimae* oder 12 *p. C.*, für das Jahr); was sich gar nicht reimen lässt.

Die praktische Unmöglichkeit der beiden erstern Erklärungen leuchtet von selbst ein. Ziemlich allgemein angenommen ist jetzt die Erklärung, welche Niebuhr, wenn auch nicht zuerst aufgestellt (aus früherer Zeit s. *Stroth* zu *Liv.* VII, 16., *Ed. Döring*, und *Caluisius* bei *Gronov. De pecun. vet.* III, 13., vgl. *Salmas. in Praef. ad Diss. De foen. trapezit.*, v. „*Unciarium foenus interpretatur Theologus*" u. s. w.). doch zuerst begründet hat, nämlich dass die *Uncia* allerdings auf das Capital zu beziehen, aber auf das *Jahr*, nicht auf den *Monat* zu rechnen ist. Also ein Zinsfuss von $\frac{1}{12}$ des Capitals oder von $8\frac{1}{3}$ *p. C. jährlich*. Und zwar ist dabei an das alte, zehnmonatliche Jahr zu denken, so dass, wenn derselbe Zinsfuss proportionirt später auf das zwölfmonatliche Jahr übertragen wurde, daraus 10 *p. C.* geworden sein müssen ($8\frac{1}{3} : 10 = 10 : 12$.). Neben der grossen praktischen und sonstigen Wahrscheinlichkeit spricht für diese Erklärung eine Stelle von *Festus* (*Unciaria lex appellari coepta est, quam L. Sulla et Pompeius Rufus tulerunt, qua sanctum est, ut debitores decimam partem* ... (Conjectur von *Niebuhr*: *sortis annuis usuris penderent.*) und das merkwürdig zutreffende Zahlenverhältniss bei den Strafen an der Dos gegen Mann und Frau wegen Unsitte (*Mores*), wovon *Ulpian.* VI, 12. 13. spricht: (*Morum nomine grauiorum quidem sexta retinetur, leuiorum autem octaua* .... *Mariti mores*

puniuntur in ea quidem dote, quae a die (d. i. *annua, bima, trima die*) *reddi debet* (d. h. bei der fungibeln *Dos*) *ita: propter maiores praesentem reddit, propter minores senum mensum die.* Bezieht man diese Regel auf das zehnmonatliche Jahr, unter welchem sie entstanden sein mag, so dass sie nachher ohne proportionirte Veränderung stehen blieb; so betragen die ordentlichen Fristen für das erste Drittel der *Dos einen* Jahreszins, für das zweite *zwei* Jahreszinsen, für das dritte *drei* Jahreszinsen, d. h. von der *ganzen Dos* $\frac{1}{36}+\frac{2}{36}+\frac{3}{36}=\frac{6}{36}=\frac{1}{6}$; was er verlieren soll wie im umgekehrten Falle die Frau, nämlich wegen *Mores maiores*. Dagegen soll ihm bei *Mores minores* statt jener Fristen, d. h. statt $\frac{1}{6}$ nur ein *Halbjahr* für die ganze *Dos*, d. h. $\frac{1}{24}$, zu gute kommen. Hier verliert er also $\frac{1}{6}-\frac{1}{24}=\frac{1}{8}$; — gerade wie die Frau in demselben Falle.

Unter *Sulla* (*A.* 666.) scheint nach der vorhin (*S.* 83.) angeführten Stelle von *Festus* der Unciar-Zinsfuss, und zwar in reducirter Gestalt, d. h. als 10 *p. C.* für das zwölfmonatliche Jahr, durch ein Gesetz wiederhergestellt worden zu sein, nachdem der übliche und factische Zinsfuss längst wieder eben so hoch und noch höher sich festgesetzt hatte.

Allein auch diese Bestimmung kann nicht von Dauer gewesen sein, denn noch zu Cicero's Zeit findet sich der Anfangs erwähnte Zinsfuss der *Centesimae* (12 *p. C.*) als üblich und anerkannt. *Cic. ad Att.* V, 21, 11. 13. I, 12, 1. VI, 1, 5. *Plutarch in Lucullo* 20. (*Primum centesimam usuram nec supra praecepit duci, deinde eas, quae sortem excessissent, circumduxit, rel.*)

Und das blieb (wie auch immer der *factische* Zinsfuss in niedrigerm Betrage variiren mochte; s. z. B. *Plin. H. N.* XIV, 6. *Usura multiplicata semissibus, quae civilis ac modica est rel.*, und dem entsprechend legte der jüngere *Plinius*, s. *Ep.* VII, 18., sich selbst für ein Capital von *H-S.* 500000 eine Rente von 30000 auf) denn auch fortwährend der höchste erlaubte Zinsfuss bis auf *Justinian;* weshalb die *Centesimae usurae* häufig *legitimae, maximae, gravissimae usurae* genannt werden, *L.* 8. *C. Si cer. pet.* (IV, 2.) *L.* 1. *L.* 2. *C. Th. De usuris* (II, 33.). *L.* 7. §§. 4. 7. 8. 10. *L.* 54. *De adm. tut.* *L.* 38. *De neg. gest.* *L.* 1. *C. De usur. pup.* (V, 56.)

Einzelne Ausnahmen galten für bestimmte Fälle, wie *Pecunia traiectitia*, *Paull.* II, 14, 3., Darlehn von Früchten, *L.* 1. *C. Th. De usuris* (*Constantin. A.* 325., 50 *p. C.*); *Usurae rei iudicatae*, *L. un. pr.* §. 1. *C. Th. De usur. r. iud.* (IV, 19. *Gratian. Valentinian. Theodos.*, 24 *p. C.* nach zwei Monaten und erfolgter Mahnung), endlich für die Senatoren, welche nach *L.* 4. vgl. *L.* 3. *C. Th. h. t.* (*Arcad. Honor. Theod.*) nur 6 *p. C.* sollten nehmen dürfen.

Justinian setzte nun aber den gesetzlichen Zinsfuss durch *L.* 26. §. 1. *h. t.* so herab:

Als Regel sollten für Vertrag und sonst *semisses* als Maximum gelten; *Illustres* aber sollten nicht mehr als *trientes*, Handelsleute nicht über *besses* fordern dürfen.

Für *traiectitia pecunia* sollten *Centesimae* das Maximum sein (vgl. indessen auch *Nov.* 106. und 110.), wie auch für das Darlehn von Früchten. Dieselben sollten als *Usurae rei iudicatae* gelten, vier Monate nach der Rechtskraft anfangend, *L.* 2. *L.* 3. *pr. C De usur. r. iud.* (VII, 54.)

Uebrigens scheint man zur Zeit der christlichen Kaiser unter *centesimae usurae* nicht mehr genau 12 *p. C.*, sondern $12\frac{1}{2}$ *p. C.*, d. h. $\frac{1}{8}$ des Capitals, oder 3 *Siliquae* vom *Solidus*, verstanden zu haben. Vgl. *Interp.* zu *L.* 2. *C. Th. h. t. Nov.* 32. *c.* 1. *N.* 34. *c.* 1. *N.* 106. *pr.*

Eine zweite Beschränkung der Vertragsfreiheit ist das Verbot des *Anatocismus*, d. h. des Versprechens Zinsen von Zinsen zu bezahlen, *L.* 26. §. 1. *De cond. indeb.* — Noch *Cicero* hatte zwischen *Anatocismus anniuersarius* und *menstruus* unterschieden und den erstern als erlaubt behandelt, *Cic. ad Att.* V, 21, 11. VI, 1, 5, und 3, 5.; derselbe scheint aber durch das *ad Att.* V, 21, 13. erwähnte Senatusconsult verboten worden zu sein, (vgl. auch *Plutarch. in Lucullo* 20. *Si quis usuras capiti adiunxisset, his uniuersi crediti exigendi ius denegauit.*), und war es jedenfalls später, und zwar ohne Unterschied, ob aus den Zinseszinsen eine neue Obligation oder nur eine Vergrösserung der alten gemacht worden wäre (*Anatocismus separatus* oder *coniunctus*). Vgl. auch *L.* 27. *De re iud.*; wobei indessen die Frage entsteht, ob dieses Verbot auch auf andere als Vertragszinsen zu beziehen ist, wie *Schilling* thut. *L. un. C. Th. De usur. r. iud.*

(IV, 19.) galt z. B. die Condemnationssumme in Capital und Zins als zinsbares Capital, dagegen seit *Justinian in L.* 3. *pr. C. eod.* nur im Capital. Im Uebrigen findet man für Ziehung der Grenze eine natürliche Anleitung in Stellen wie *L.* 12. §. 9. *L.* 10. §. 3. *Mand. L.* 37. *h. t. L.* 7. §. 12. *L.* 58. §§. 1. 4. *De admin. tut.* — Endlich erscheint das Verbot durch *Justinian* verstärkt in *L.* 28. *C. h. t.*

Dass Zinsen *voraus* bezahlt oder abgezogen werden, ist nicht verboten, *L.* 57. *pr. De pactis. L.* 2. §. 6. *De dol. exc.* Vgl. *L.* 122. *pr. De V. O.*

Drittens kam aber in den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit, ungewiss wie, die weitere Beschränkung auf, dass, wenn die aufgelaufenen Zinsen die Höhe des Capitals erreicht hätten, kein weiterer Zinsenlauf Statt finden sollte, *L.* 26. §. 1. *De cond. indeb. L.* 10. *C. h. t.* Doch scheint dies bei Pfandschulden nicht gegolten zu haben, wie in *L.* 27. §. 1. *C. h. t.* angedeutet wird, nach welchem Gesetze *Justinian's* es aber fortan auch bei diesen gelten soll, wie denn durch *L.* 29. *L.* 30. *eod.* (*restitutae* aus der *Synopsis Basilicorum*) und durch *N.* 121. *c.* 2. *N.* 138. (beide unglossirt) angeordnet wurde, dass auch die *bezahlten* Zinsen neben den ausstehenden angerechnet werden dürften.

Ueber die Wucherstrafen des spätern Kaiserrechts s. *L.* 20. *C. Ex quib. cau. infa.* (II, 12. *Dioclet.*; Infamie) *L.* 2. *C. Th. h. t.* (*Valentinian. Theodos. Arcad.*; *Quadruplum*) *N.* 32. und 34. *in Epill.* (*Verlust des ganzen Capitals* wegen Wuchers gegen Landleute).

Schliesslich ist noch der Begriff des *Interusurium* zu erwähnen, welcher, so weit er von technischem Interesse ist, das s. g. *Commodum repraesentationis*, d. h. den Vortheil der gegenwärtigen Zahlung einer erst künftig fälligen Forderung, bedeutet; mit andern Worten den *Disconto* für eine unverzinsliche Schuld, welche vor der Verfallzeit gegen einen verstandenen oder rechtlich vorgeschriebenen Abzug bezahlt wird, s. z. B. *L.* 24. §. 2. *Sol. matrim. L.* 66. *pr. Ad leg. Falc. L.* 9. §. 8. *De peculio. L.* 82. *pr. De legatis* 1°.

---

§. 115. Nexum.

Der Begriff des *Nexum* wird schon in sehr alten Definitionen theils weiter theils enger bestimmt. Die Hauptstellen sind:

Festus: Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcunque per aes et libram geritur, idque necti dicitur. Quo in genere sunt haec: testamentifactio, nexi datio, nexi liberatio.

Cic. de Or. III, 40 . . . *nexum, quod per libram agitur.*

Varro de L.L. VII, 105: *Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia; Mucius, quae per aes et libram fiant ut obligentur, praeter quae mancipio dentur. Hoc uerius esse, ipsum uerbum ostendit, de quo quaerit; nam idem quod obligatur per libram neque suum fit inde nexum dictum.*

Im *weitern* Sinne bedeutet hiernach *Nexum* jedes Rechtsgeschäft, zu dessen Form *Erz und Wage* gehört: — ein Gattungsbegriff, welcher als Arten unter andern die *Mancipation* für Eigenthumsübertragung und für Testament in sich schliesst.

Im *engern* Sinne heisst *Nexum* dasjenige unter den Rechtsgeschäften mit Erz und Wage, welches auf Eingehung einer Obligation gerichtet ist.

Der Gattungsbegriff findet seine Realität in dem Wägen und Hingeben von Geld zu einem juristischen Zwecke, und zwar in Gegenwart von fünf römischen Bürgern als Repräsentanten des Volkes und unter Mitwirkung eines weitern unparteiischen Drittmanns, des *Libripens.*

Der Ursprung dieser Sitte des Zuwägens fällt, wie schon oben bemerkt (§. 37. S. 32.), in die Zeit, als ungemünztes oder ungleich gemünztes Geld im Gebrauche war. Mit der Rücksicht auf dieses Bedürfniss verband sich aber noch ein anderer Gedanke, den man nicht übersehen darf. Es soll nämlich durch das Wägen nicht blos bewirkt werden, dass der Empfänger das Geld richtig erhalte, sondern es soll auch für alle Zukunft sicher constatirt werden, dass er es wirklich jetzt richtig erhalten habe. Das Wägen ist daher nicht blos

an und für sich zu betrachten, sondern in engem Zusammenhang mit der Zuziehung der Zeugen.

Der *juristische Zweck* der Geldzahlung wird sodann in feierlichen Worten ausgedrückt, welche der Zahlende gleichzeitig spricht, und durch welche er das Recht, das er mit seinem Gelde erwerben will, bezeichnet. Dieses Recht aber erkennt der Empfänger stillschweigend an, indem er mit dem Klange der Worte und des Erzes im Ohr das letztere aus der Hand des Andern empfängt (vgl. oben S. 30.)

Demnach wird bei jedem *Gestum per aes et libram* öffentlich beurkundet: a) der Rechtserwerb durch Willenserklärung, b) der gerechte Grund desselben, in dem Hingeben von Geld bestehend. — Und gerade diese öffentliche Beurkundung gibt jedem solchen Rechtsgeschäfte, in Vergleichung mit den gewöhnlichen Rechtsgeschäften des Privatverkehres, eine höhere Sanction des Staates, gleichsam eine mehr absolute Geltung, — wie sich nachher genauer zeigen wird.

So weit das Gemeinsame für alles *Nexum* im weitern Sinne. Dagegen treten nun die beiden Hauptfälle, nämlich das *Nexum* im engern Sinne und die *Mancipatio* (von welcher oben §. 37.), aus einander hinsichtlich des Rechtes, welches erworben werden soll, und auf welches zu diesem Behufe die feierliche Willenserklärung gerichtet ist.

Bei der *Mancipation* ist es *Eigenthum*, bei dem *Nexum* im engern Sinne eine der geschehenen Zahlung entsprechende *Geldforderung*.

Geld zahlen um Geld zurück zu empfangen ist *Darlehn*. Wie also die *Mancipation* als Form des *Kaufes* erscheint, so das *Nexum* als Form des *Darlehns*. Die Formel des *Nexum* ist uns urkundlich nicht überliefert. Im Wesentlichen halte ich die Vermuthung *Huschke's* für richtig, nämlich etwa so:

Quod ego tibi mille asses hoc aere aeneaque libra nexos dedi, eos tu mihi post annum cum foenore unciario dare damnas esto.

Darauf, wie bei der *Mancipatio* (s. oben S. 30. 32.), das *Aere percutere libram* von Seite des Redenden und das Hingeben des symbolischen *Aes* an den Schuldner; die wirkliche Zahlung unmittelbar nach der Solennität.

In diesem ganzen Hergange drückt sich jene höhere

Geltung, jene absolute staatliche Anerkennung des jetzt entstehenden Schuldrechts des Darleihers aus. „*Du sollst mir verdammt sein*“: d. h. Wie du jetzt dieses Stück Erz (und sogleich das Geld) von mir empfängst, so sollst du damit rechtlich in die Lage kommen, wie wenn du durch ein rechtskräftiges Urtheil mir zur Bezahlung dieser Schuld verurtheilt wärest.

Während sonst eine unter Privaten contrahirte Schuldforderung, wenn sie noch so gerecht ist, von dem Gläubiger nach Verfall erst bei dem Magistrat eingeklagt werden, und hier entweder durch die *Confessio* oder durch *Iudicium* und *Condemnatio* ihre Anerkennung finden muss, ehe sie in das Stadium der Execution treten kann; so soll die mit *Nexum* eingegangene Schuld schon durch die Art ihrer ersten Eingehung die volle Anerkennung des Staates gefunden und auf die Zeit ihrer Fälligkeit hin schon jetzt den Charakter der Exequirbarkeit angenommen haben. Der Schuldner hat nicht blos versprochen dann zu zahlen, sondern er gilt jetzt schon für gerichtlich condemnirt dann zu zahlen. (Dieselbe praktische Bestrebung findet sich auch vielfach anderwärts und in neuerer Zeit; man denke z. B. an die *Instrumenta guarentigiata* mit dem notarialischen *Praeceptum de solvendo*, und an die altgermanische Idee, dass für eine unzweifelhafte Schuld auch ohne gerichtliches Urtheil die Execution Statt finde.)

Wohl zu beachten ist auch hier (wie bei der *Mancipatio*, s. oben S. 80.) die *Einseitigkeit* der Rede; es ist wieder *Lex dationi dicta*, welcher sich der Schuldner durch Empfangnahme des klingenden *Aes* stillschweigend unterzieht.

Tritt nun der Verfalltag ein, so gilt auch alles wie bei dem *Iudicatus* und *Confessus*. Die *triginta dies iusti*; dann die *Manus iniectio*, etwa mit den Worten: QUOD TU MIHI MILLE AERIS NEXI DAMNAS ES, QUAE DOLO MALO NON SOLUISTI, OB EAM REM EGO TIBI MILLE AERIS NEXI MANUM INIICIO. (vgl. *Gai.* IV, 21., *Keller*, *Process u. Actionen* §. 19.) Damit das Vorführen vor den Prätor (nicht zur Erörterung der Schuld, sondern um zu sehen, ob jemand für den Schuldner einstehen wolle), das Heimführen, Fesseln, der Gewahrsam von 60 Tagen mit dreimaliger Vorführung (*tribus nundinis*), endlich Verkauf in

die Sclaverei oder Tödtung, so dass es Schonung des Gläubigers war, wenn er ihn länger behielt und als Knecht für sich arbeiten liess. Durch das *ducere* wurde jetzt der Schuldner *nexus* (*nexum inire, nexum se dare, necti*), vorher galt nur das *Aes* als *nexum*. Mit der Person verfiel dem Gläubiger wohl auch die *Familia*, und zwar *Kinder* sowohl als *Vermögen* des Schuldners; doch erlitt dieser keine *Capitis deminutio*, und kam namentlich nicht etwa *in caussam mancipii*. Wollte er bei der *Manus iniectio* die Schuld rechtlich bestreiten, so konnte das, wie von dem *Iudicatus*, nur durch einen *Vindex* geschehen und auf Gefahr der *Condemnatio in duplum*.

Dass aber gerade die eigenthümliche Publicität des *Gestum per aes et libram* der Forderung diese Kraft beilegte und sie mit einem *Iudicatum* ganz gleichartig machte, zeigt sich auch darin, dass die Nachwährschaft des Verkäufers *ex mancipatione* und das *Legatum per damnationem*, welchen ebenfalls ein solches *Gestum* zum Grunde lag, wesentlich dieselbe Wirkung hervorbrachten. *Gai*. II, 282. IV, 9. 171. *Cic. p. Mur*. 2, 3. *Top*. 10. *p. Flacco* 21. *Paull*. I, 19, 1. II, 17, 3. *Varro de R. R*. II, 10, 5. *Plautus in Pers*. IV, 3, 55. 62., *in Curcul*. IV, 2, 8.

Sollte aber die *Nexi obligatio* mit oder ohne Zahlung wieder gelös't werden, so geschah dies natürlich wieder *per aes et libram*, denn abgesehen von allem andern war auch nur der mögliche Process über eine solche Schuld schon zu gefährlich, als dass man nicht selbst im Falle wirklicher Zahlung dieselbe Beurkundung wie für die Eingehung hätte suchen müssen. So finden wir die *Nexi liberatio* oder die *Solutio per aes et libram* als den *contrarius actus* der *Nexi obligatio*, und *Gaius* III, 174. hat sogar eine Formel der *Nexi liberatio* überliefert, welche freilich nicht ganz lesbar ist, und deren Herstellung den bisherigen Versuchen der Conjectural-Kritik (*Huschke*: Quod ego tibi tot milibus *iure nexi sum damnas*, solvo liberoque hoc aere aeneaque libra hanc tibi libram primam postremamque *secundum legem publicam*; *Lachmann*: Quod ego tibi tot milibus *eo nomine uel eo iudicio damnatus sum, eos nummos* solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. Hanc libram primam postremam *ferii, ni-*

nit de lege iure obligatur) nicht recht hat gelingen wollen. Nach der Wortformel erfolgte natürlich auch hier das Anschlagen an die Wage mit dem Erze und das Hingeben des letztern.

Hiebei ist wieder wohl zu beachten, dass diese *Solutio per aes et libram* neben dem eigentlichen *Nexum*, als der Form des Darlehns, auch auf die vorgedachte *Gewährforderung ex mancipatione* und auf das *Legatum per damnationem*, ja selbst auf die ganz eigentliche *Iudicati obligatio*, Anwendung fand; aus welchem letztern am deutlichsten hervor geht, dass gerade die staatliche Sanction bei dem Ursprunge den Charakter der Forderung wesentlich bestimmte, indem die Wirksamkeit des *Magistratus Populi Romani* (des centralen oder administrativen Stellvertreters des *P. R.*) bei dem *Iudicatum* und die Theilnahme der fünf Zeugen (als einer gregalen oder gleichsam parlamentarischen Stellvertretung des *P. R.*) bei *Nexum* und *Mancipatio* eine gleichartige Obligation hervor brachten, die in allen genannten Fällen die *Solutio per aes et libram* als gemeinsame Form der Aufhebung zuliess. *Gai.* III, 173—175. *Cic. de LL.* II, 20, 51. und 21, 53. *Liv.* VI, 14. *Festus v. Nexum est, cit.* Ja diese *Solutio per aes et libram* dauerte gerade in diesen andern Anwendungen noch die längste Zeit fort, als sie bei dem eigentlichen *Nexum* (für Darlehn) nicht mehr vorkommen konnte, weil dieses selbst aus dem Verkehre verschwunden war.

Das *Nexum* nämlich und das harte Schicksal, welches dabei den Schuldner bedrohte, ist nun der Gegenstand jener hundertfältigen Klagen, welche wir in der ältern römischen Geschichte Jahrhunderte hindurch vernehmen, und welche so häufig zu Unruhen und Empörungen, zu politischen Transactionen, Gelegenheitsmassregeln, Senatsbeschlüssen und Gesetzen führten, jener Klagen, welche neben dem *Ager publicus* und der politischen Rechtsgleichheit einen Hauptpunkt des Parteikampfes zwischen *Patriciat* und *Plebs* ausmachten, und welchen endlich die *Lex Poetelia* (wohl *A.* 441. *Livius: A.* 428. Davon R.-G. §. 65.) wirksame und dauernde Abhülfe gebracht zu haben scheint. Hauptstellen hierüber: *Liv.* VIII, 28. *Dion. H.* XVI, 9. (*Reiske T.* IV. *p.* 2338., vgl.

Val. M. VI, 1, 9.) *Cic. de Rep.* II, 34. *Varro de L. L.* VII, 105, welche letztere Stelle nach *Huschke's* Conjectur so lautet: *Liber, qui suas operas in seruitutem pro pecunia, qua damnatus* [*al. quadam* oder *quam*] *debebat, dum solueret, nexus uocatur, ut ab aere obaeratus. Hoc C. Poetelio rogante solo* [*al. C. Poplilio auctore Visolo; Codd.: Popilio uocare Sillo*] *Dictatore sublatum ne fieret, et* [*al. ut*] *omnes, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti* [*al. sed soluti*].

Der Inhalt der *Lex Poetelia* (Bachofen: *Petillia*) betraf nun zunächst die *Iudicati* und *Nexi* gemeinsam, und milderte ihren Zustand. Fesseln und Fussblock (*compedes et nerui*) sollten unstatthaft sein und einfache Gefangenhaltung an die Stelle treten. Auch die Capitalstrafe wurde beseitigt. Dann die transitorische Bestimmung für die damaligen wirklichen *Nexi* (vielleicht auch für die *Iudicati*, welche sich bereits in dem Gewahrsam des Gläubigers befanden), dass sie, wenn sie ihre Solvenz eidlich erhärteten (*bonam copiam iurare*), freigegeben werden sollten. Dann aber ganz besonders als bleibende Bestimmung: die Abschaffung der eigenmächtigen Exequirbarkeit des *Nexum*, d. i. das Verbot des *Necti debitorem* für die Zukunft.

In Folge dessen scheint sich jetzt das Schuldrecht so gestaltet zu haben, dass selbst der *Iudicatus* nicht mehr aus eigner Vollmacht des Gläubigers, sondern nur auf erhobene Klage und erfolgte *Addictio* durch den Prätor, heimgeführt werden (*duci*) durfte, und dass er auch dieses abwenden konnte durch jenen Eid, verbunden mit Bürgschaft, die er stellte, oder auch durch *Possessio* und *Venditio bonorum*, welche dem Gläubiger eröffnet wurde. Das *Nexum* aber hört jetzt auf, executorisch zu sein, und berechtigte fortan blos zur *Klage*, in Folge welcher der Schuldner höchstens *Iudicatus* werden konnte.

Bestritt der Beklagte seine Schuld aus dem *Nexum*, so hatte vielleicht schon eine frühere *Lex Valeria* (Huschke findet diese in der kritisch zweifelhaften Stelle bei *Gaius* IV, 22., und schreibt sie dem *M. Valerius Coruus*, *Dictator* von A. 412., zu) die *Manus iniectio pro iudicato* für diesen wie für manche andere Fälle abgeschafft und sie in *pura*

verwandelt, d. h. die Defension dem Beklagten selbst (ohne *Vindex*) offen gestellt.

Mit allen diesen Veränderungen war das Rechtsgeschäft des *Nexum* weder verboten noch sonst ausgeschlossen, aber es hatte jetzt seine eigenthümliche Kraft verloren, und man mochte es nun allmälig nicht mehr der Mühe werth halten, diese feierliche Form eher als die einfache *Stipulatio* anzuwenden. So kam es nach und nach ausser Uebung, während die *Solutio per aes et libram*, die keinen Anstoss geben konnte, durch die vorgedachten anderweitigen Veranlassungen noch Jahrhunderte lang in einer gewissen Anwendung erhalten wurde.

Ueber diese ganze Lehre s. *Huschke*, über das Recht des *Nexum* und das alte römische Schuldrecht, Leipzig 1846. 8. *Bachofen*, das *Nexum*, die *Nexi* und die *Lex Petitlia.* Basel 1843. 8. *v. Savigny*, über das altrömische Schuldrecht, in d. Abhandl. der Berliner Academie von 1835, und in dessen Vermischten Schriften II, 19. (mit einem Nachtrag). Bei diesen von einander wesentlich abweichenden Schriftstellern findet sich auch die übrige Litteratur angegeben.

---

§. 116. Stipulatio.

Adde: Paull. R. S. II, 3. V, 7. (9.) *Tit. ff. De V. O., Titt. C. De contrah. et committ. stip.* (VIII, 38.) *De inutil. stip.* (VIII, 39.)

Stipulatio ist die Contractform, welche in feierlicher mündlicher Frage des *Creditor* und entsprechender Antwort des *Debitor* besteht. Die Frage bezieht sich auf den Willen des beabsichtigten Schuldners sich zu verpflichten und auf den Gegenstand dieser Verpflichtung. Das Entsprechende zwischen Frage und Anwort wird dadurch erzielt, dass die Frage auf ein einfaches *Ja* oder *Nein* eingerichtet wird. (Ein gesuchter Name für *Stipulatio* ist *Befragungs- und Zusagungscontract, Schill.*, §. 278., oder *Zusage* auf *Befragung, Unterho.* §. 18.

Ueber diesen Begriff der *Stipulatio* s. *L.* 5. §. 1. *h. t. Paull.* II, 3, 1. *Gai.* III, 92. und *pr. I. De V. O.*

Die ursprünglichen *civilen* Ausdrücke der *Stipulatio* waren *Dari spondes? Spondeo*. Dann kamen auch andere in Gebrauch, wie *Promittis? Promitto; Dabis? Dabo; Facies? Faciam*, u. s. w. Auch die *griechische* Sprache wurde zugelassen. Von dem alten Wortverhältnisse blieb nur so viel übrig, dass die ersterwähnte Formel fortwährend als den römischen Bürgern eigenthümlich angesehen wurde, während alle andern auch den Peregrinen zugänglich waren. Das Wort *Sponsio* ist im weitesten Sinne mit *Stipulatio* gleichbedeutend, und beschränkt sich auch in einem engern Sinne nicht auf die gerade in der Form *Spondes? Spondeo* — geschlossene Stipulation, *L*. 7. *De V. S.*

Die Contrahenten heissen *Stipulator* und *Promissor* oder *Reus stipulandi* und *Reus promittendi*.

Stipulari ist die Handlung des *Fragenden*, *spondere* die des *Antwortenden*. Nur sehr ausnahmsweise wird *stipulari* auf den antwortenden Schuldner bezogen, *L*.26. §.13. *De cond. indeb*. *L*.7. §.1. *De eo q. cer. lo.*, *L*.5. §.2. *De solutt.* Irrig ist indessen die allgemeine Notiz bei *Isidor. Orig.* X, *litt. S.* (*Ed. Gothofred.* 1622. *p*.1087.): *Stipulator promissor; stipulari enim promittere est, ex uerbis iurisperitorum.* — Uebrigens ist *stipulari* mitunter auch passiv gebraucht worden, *Cic. p. Q. Roscio* 5., *Sueton.* bei *Priscian.* VIII, 4. XVIII, 19.

Die Etymologie von *stipulari*, *stipulatio* ist uns von den Alten in dreifacher Art überliefert:

a) von *stips*, *Geld*, *Varro de L. L.* V, 182: *Hoc ipsum stipendium ab stipe dictum, quod aes quoque stipem dicebant; nam quod asses librales pondo erant, qui acceperant maiorem numerum, non in arca ponebant, sed in aliqua cella stipabant, i. e. componebant, quo minus loci occuparet; ab stipando stipem dicere coeperunt. Stips ab στοιβῇ fortasse, graeco uerbo. Id apparet, quod, ut tum institutum, etiam nunc Diis cum thesauris asses dant, stipem dicunt, et qui pecuniam alligat, stipulari et restipulari. Militis stipendia ideo quod eam stipem pendebant, rel.* — *Festus* (*Ed. Müller p.* 297.): *Stipem esse nummum signatum, testimonium est de eo quae datur stipendium militi et cum spondetur pecunia, quod stipulari*

dicitur. Dann p. 313. *(Stipem dicebant pe)cuniam signa(tam, quod stiparetur): ideo stipulat(i dicitur is, qui in)terrogat a(lterum, spondeatne stipem, i. e.) aes.* Vergl. *Plin. H. N.* XXXIII, 13: *Militum stipendia, h. e. stipis pondera*: 48. *Poduka R. stipem spargere coepit Sp. Postumio Q. Marcio Coss. (A. 568.); tanta abundantia pecuniae erat, ut, rel.* XXXIV, 1: *stipis quoque auctoritas, ut diximus.*

b) von *stipulum*, d. h. *firmum*, weil durch die Stipulation die Verträge fest gemacht werden, *Paull.* V, 7, 1. und *pr. I. De V. O.*

c) von *stipula*, *Halm*, welchen man bei der Eingehung gebrochen habe, um nachher durch Wiedervereinigung der beiden Hälften die eingegangene Verpflichtung zu recognosciren, *Isidor. Or.* V, 24. a. E.: *Dicta autem stipulatio a stipula; veteres enim quando sibi aliquid promittebant, stipulam tenentes frangebant, quam iterum iungentes stipulationes suas agnoscebant.*

Diese letztere Erklärung entbehrt jeder echt römischen Autorität, und beruht vielleicht auf einer blossen Verwechselung mit dem *germanischen* Gebrauche der *Kerbhölzer* bei Abrechnungen, vgl. *Unterholzner, Obl.-R.* §. 18. *N.* III.

Die *zweite* Erklärung wird durch gar nichts weiter unterstützt (namentlich findet sich sonst keine Spur des Wortes *stipulum* in der römischen Litteratur, vgl. *Forcellini s. v. Stipulatio*), und verdient wohl nicht mehr Glauben als manche andere Etymologie, mit welcher die Römer selbst in älterer Zeit sich trugen.

Die *erste* ist wohl gewiss und einzig richtig, und deutet darauf, dass die *Stipulatio* in ihrem Ursprunge wesentlich ein *Geldversprechen* war; was auch zu der sonst muthmasslichen Entwickelung dieser Geschäftsform vollkommen passt.

Als Notiz mag betreffend diesen Punkt der Etymologie noch folgendes beigefügt werden:

Gleichwie einst *Schrader* (in *Hugo's* Civ. Mag. V, 7, 4. unter der Aufschrift *Kerbhölzer bei den alten Römern*) *Isidor's* Erklärung zu rechtfertigen und zu verdeutlichen suchte, so hat es neuerlich *Huschke* (*Nexum* S. 99. ff., vgl. *Verf. d. Servius Tullius* S. 133.) noch ein Mal unternommen, die Ablei-

tung von *stipula* und *stips* aufrecht zu halten und begreiflich zu machen. Nämlich *stips* soll *ein Bund Getreide* bedeuten, die *stipulatio* aber ein publicistisches Geschäft sein wie das *Nexum*, und zwar dessen Vorläufer in der ersten Periode, nämlich der *Viehzucht*, wogegen dann das *Nexum* der zweiten, des *Ackerbaues*, angehöre. Die *Stipulatio* verhalte sich zum *Nexum* wie die *Confarreatio* zur *Coemptio*. Die *Stipulatio* sei die Form des Getreidedarlehns gewesen, mit *Spondes? Spondeo*; dabei 10 Zeugen, als Repräsentanten der 10 Curien, und ein öffentlicher Getreidezumesser. Eine Aehre dem Empfänger des Darlehns gegeben als Symbol, unter einem religiösen Segensspruch über die *stipes* oder deren Ausdrusch selbst. Die ganze Handlung an einem heiligen Orte vollzogen, auch mit Anrufung der Götter (*Dii bene vortant*, *Spondeo, Plaut. in Trin.* II, 4, 101. 172.), wie denn nach *Dion. H.* I, 40. Contracte von besonderer Festigkeit an der *Ara maxima* des *Hercules* eingegangen worden seien. (Ueber Frage und Antwort in religiösen Dingen vgl. übrigens an und für sich auch *Plin. H. N.* XXVIII, 4.). Und das alles früher als *Servius Tullius*, seit welchem schon das *Nexum* herrschend geworden. Zu dieser alten *Stipulatio* habe der *Sponsor* als Bürge gehört, wie dann zum *Nexum* der *Fidepromissor*, u. a. m.

Die *Stipulation* beruht unzweifelhaft auf uralter, in Italien weit verbreiteter Rechtssitte, und ist in Rom so alt wie das *Nexum*, so dass *Huschke* wohl mit gutem Grunde über die Ansicht spottet, nach welcher erst bei dem Untergange des *Nexum* die Stipulation als *Verbal*-Contract und das Darlehn als *Real*-Contract (als aus den zwei Elementen des *Nexum*, — *disiecta membra poetae*) entsprossen wäre.

Wie die Form des *Nexum* eine Forderung zu begründen bestimmt war, welche für den Fall der Nichterfüllung sofort in das Stadium der Execution treten sollte, so war die *Stipulatio* auf Begründung einer Forderung angelegt, aus welcher in demselben Falle wenigstens eine Klage, *Actio*, entstände, die sicher zur *Condemnation* führen müsste.

Nun aber waren die Schuldklagen aus Rechtsgeschäften von Alters her (sowohl bei der *Legis actio sacramento* als *per condictionem*) an das *Dare oportere* des Beklagten als

als an ihre einzige Bedingung geknüpft. Die Form der Rechtsgeschäfte selbst musste also darauf eingerichtet sein, dieses *Dare oportere* auf eine recht anschauliche Weise zu begründen. Und dies konnte man nicht besser bewerkstelligen, als indem man den Schuldner auf feierliche Frage des Gläubigers das *Dare versprechen (promittere, spondere)* und dadurch seine Verpflichtung selbst anerkennen liess: so dass nachher die *Actio* ganz genau den Worten der *Stipulatio* selbst angepasst, folglich Geständniss oder Beweis der *Stipulatio* ganz an und für sich auch die Richtigkeit der Klage festzustellen geeignet war.

Abgesehen nämlich von den Vorzügen, welche die Form der Stipulation auch bei hoher juristischer Civilisation hatte, tritt gerade darin der Gegensatz zwischen *rohem* und *durchgebildetem* Rechtswesen hervor, dass bei *diesem* aus dem materiellen Gehalte der menschlichen Verhältnisse eine Theorie abstrahirt wird, welche den *Verkehr* und die *Rechtspflege* gleichmässig regiert, so dass für jedes Rechtsgeschäft, das vor jener Theorie bestehen kann, auch in der Rechtspflege eine Form sich finden, nöthigenfalls geschaffen werden, muss, durch welche es zu seiner Anerkennung und Geltung gelangen kann; wogegen bei *jenem* (dem rohern Rechtszustande) die materielle Theorie (die Erkenntniss des *iustum, bonum, aequum* in objectiver, geregelter Art) noch fehlt, und durch wenige feste Gerichtsformen ersetzt wird, welche man dann im Verkehre zum voraus im Auge haben und ihnen die Rechtsgeschäfte selbst ängstlich anpassen muss.

Die Klageformen, auf welche die *Stipulation* ursprünglich berechnet wurde, können nur das *Sacramentum*, dann die *Condictio* gewesen sein, denn ein Formalgeschäft mit seinem streng rechtlichen und objectiven Charakter konnte unmöglich in das Gebiet der subjectiven Willkür (der *Arbitri postulatio*, s. *Keller*, *Röm. Proc.* §§. 7. 17.) gehören. In dem Wesen jener erstern Klageformen lag aber das *Certum.* So war ursprünglich jede Stipulation auf ein *Certum* gerichtet, was schon an sich zum *Dare* passt, wenn man unter diesem das *Geben von Eigenthum oder Servitut an körperlichen Sachen* versteht. Ganz von Anfang an musste wohl das *Certum* auch gerade *Certa pecunia* sein, da man anfänglich

nur für diese die *Legis actio per condictionem* hatte, und da noch früher nur für *Certa pecunia* aus dem *Indicatum* der *Legis Actio sacramento* eine sofort exequirbare Forderung hervor ging (*Keller* a. a. O. §. 16.). Darauf deutet denn auch der Name *Stipulatio*, in seiner Ableitung von *Stips*, Geld. Als z. B. die *Mancipatio* noch das persönliche Element des Kaufes neben dem dinglichen begriff, pflegte man wohl für den creditirten Kaufpreis die *Stipulatio* zu gebrauchen, indem aus der *Mancipatio* selbst nur der *Käufer Creditor* werden konnte (s. oben §. 87.).

Wollte man ein *Incertum*, namentlich ein *Facere*, zum Gegenstande einer *Stipulatio* machen, so konnte das in früherer Zeit nur indirect dadurch bewirkt werden, dass man auf den Fall der Nichterfüllung eine bestimmte Summe Geldes sich versprechen liess; so dass dann jenes *Facere* mehr als *Bedingung* dieses *Certum dare* denn als eigentliches Object der Stipulation erschien. Vergl. z. B. *L.* 15. *L.* 16. *De transaction.*

Schon ziemlich frühe liess man dann aber auch den vorerst noch unbestimmten Schätzungswerth einer im Uebrigen bestimmten Leistung (*Dare* oder *Facere*), das *Quanti ea res est*, als ein zum Object einer *Stipulatio* hinreichendes *Certum* zu, da hier wenigstens über Schuldig oder Nichtschuldig, wenn auch mit Vorbehalt einer Abschätzung, noch mit *Ja* oder *Nein* geurtheilt werden konnte. Und später, wohl gegen das Ende der Republik, wurde auch diejenige Stipulation als statthaft anerkannt, welche geradezu und einzig auf ein *Incertum* (auf ein *Facere*) gerichtet war. Mit Recht bemerkt *Liebe* (v. d. Stipulation, S. 48.), dass man aus *L.* 137. §. 7. *De V. O.* (*Venul.* Si, *ut aliquid fiat, stipulemur, et usitatius et elegantius esse*, *Labeo ait*, *sic subiici poenam*, *Si ita factum non erit*; *at cum quid ne fiat stipulemur, tunc hoc modo*, *Si adversus ea factum erit*; *et cum alia fieri*, *alia non fieri*, *coniuncte stipulemur*, *sic comprehendendum*, *Si non feceris*, *si quid adversus ea feceris*, vgl. *L.* 71. *De V. O.*, auch *L.* 14. *Si quis caution.*, *L.* 10. §. 1. *De pactis.*) nicht folgern dürfe, es sei zu Labeo's Zeit noch keine *incerta stipulatio* zulässig gewesen; und v. *Savigny* (*Syst. d. heut. R. R.* V., S. 641.) hat mit gutem

Grunde auf *Gell.* IV, 4. hingewiesen (*Servius Sulpicius* ...: *Qui uxorem ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat,* stipulabatur, *eam in matrimonium ductum iri; qui daturus erat, itidem spondebat, daturum; ... qui stipulabatur, ex sponsu agebat: iudex ... litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum, qui spoponderat aut qui stipulatus erat, condemnabat, rel.*), wonach wenigstens die Möglichkeit einer *incerta stipulatio* (vgl. auch *Gai.* III, 94.) schon bedeutend älter sein muss, wenn gleich von den gedachten *Sponsalien* u. dgl. nicht ganz ohne Weiteres auch auf gewöhnliche *ökonomische* Stipulationen ein sicherer Schluss gelten möchte.

War dies reine *Incertum* als Gegenstand der *Stipulatio* zugelassen, so konnte auch die *Actio incerta* nicht ausbleiben, und diese tritt nun als *Actio ex stipulatu* mit der *Intentio Quicquid dare facere ... oportet* hervor, wie wir sie demnächst im förmlichen Gegensatze mit der *Condictio certi* u. dgl. aus *certa stipulatio* vielfach antreffen; s. z. B. *pr. I. De V. O., L. 24. De R. C.* (*Ulp. Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condictitia actione id persequi debet, per quam certum petitur.*)

Wie aber in der Folge dieser Gegensatz sich entwickelte, der Begriff der *incerta stipulatio* erweitert, die Anwendung der *incerta actio* erleichtert, deren Concurrenz mit der *certa* regulirt wurde, welches dabei die Ansichten gleichzeitiger und ungleichzeitiger Juristen, und welche praktische Interessen und Rücksichten für sie bestimmend waren, darüber vergleiche man z. B. *L.* 75. §§. 3. 8. *De V. O. L.* 1. *De cond. trit. Gai.* IV, 53.; wozu sich die Nutzanwendung in *L.* 13. §. 3. *De acceptil.* findet, s. *Keller* über den *Fructus sine usu,* in der Zeitschrift f. gesch. R.-W. XV, 5.

Mit dieser Entwickelung der *Stipulatio* ging vermuthlich eine ähnliche bei dem Damnations-Legat parallel; davon an seinem Orte; und wie beides zusammen auf die Gegensätze zwischen *Iudicia* und *Arbitria, bonae fidei* und *stricti iuris iudicia* u. dgl. zurück wirkte, das ist im *Process-* und *Actionen-Recht* darzustellen.

In der Geschichte der Stipulationsform ist weiter folgendes Verhältniss zu beachten:

Ursprünglich fasste man den gesammten Inhalt der Verpflichtung, welche begründet werden sollte, wörtlich in den Fragesatz, so dass bei einem irgend verwickelten Versprechen schon für die wörtliche Abfassung der Stipulation eine nicht unbeträchtliche Kunst der Redaction in Anspruch genommen wurde, und wir die ersten Juristen damit beschäftigt finden, neue Stipulations-Formulare für bestimmte Arten von Fällen, die im Verkehr häufiger vorkamen, aufzustellen, wie z. B. *C. Aquillius*, *Cic. de Off.* III, 14, 60: *(Nondum Aquillius ... protulerat de dolo malo formulas)*, *§. 2. I. Quib. mod. toll. obl.*, *L.* 18. *§.* 1. *De acceptil.* *(Stipulatio Aquiliana* behufs sofortiger *Acceptilatio;* vorher *M'. Manilius*, *Cic. de Or.* I, 58, 246. *(uenalium uendendorum leges*, worüber *Rechtsgesch.* §. 91.*)* vgl. *Varro de R. R.* II, 3, 5. u. 5, 11. u. 7, 6.

Dabei zeigt sich übrigens schon sehr frühe die Sitte, die mündlich vollzogene Stipulation in eine Urkunde zu fassen.

Und das nahm denn im Verfolge die Entwickelung, dass es mehr und mehr gebräuchlich wurde, von Anfang an den Vertrag ohne alle Frageform schriftlich aufzusetzen, und dann blos unter kurzer Hinweisung auf die vorangehende Schrift den bezüglichen Fragesatz mit der Antwort, wie gesprochen, als Schlussklausel anzuhängen.

So findet sich noch der ganze Inhalt des Vertrages in dem Fragesatz, z. B. bei *Varro de R. R.* II, 2, 6: *Emptor stipulatur prisca formula sic:* ILLASCE OVES, QUA DE RE AGITUR, SANAS RECTE ESSE, UTI PECUS OVILLUM, QUOD RECTE SANUM EST, EXTRA LUSCAM, SURDAM, MINAM (*i. e. uentre glabro*), NEQUE DE PECORE MORBOSO ESSE, HABEREQUE RECTE LICERE, HAEC SIC RECTE FIERI SPONDESNE? Vgl. das. 4, 5. und 5, 11.; sodann *L.* 37. §. 3. *De legatis* 3°., *Zell*, *Inscr.* 1779. 1780.

Wogegen der Fragesatz als blosse Schlussklausel erscheint in *L.* 7. §. 12. *De pactis.* *L.* 71. *pr. Pro socio.* *L.* 126. §. 2. *De V. O.*, *Paull. R. S.* II, 22, 2. Vgl. *Zell*, *Inscr.* 1785. *Ollaria N.* IV. *Cineraria N.* LIIII. ... *donationis caussa mancipio accepit M. Herennius Agricola de T. Flauio Artemidoro H-S. N.* I. ... *inque uacuam possessionem earum ollarum et cinerariorum T. Flauius Artemidorus Herennio Agricolae ire aut mittere ossaque inferre permisit, sacrumque quotiens*

facere uelit Herennius Agricola heredesue eius permisit clauisue eius monumenti potestatem facturum se dixit, dolumque malum huic rei abesse afuturumque esse. *Haec recte dari fieri praestarique stipulatus est M. Herennius Agricola, spepondit T. Flauius Artemidorus ....*

Ja schon zur Zeit der spätern classischen Juristen scheint man es mit dem wirklichen Aussprechen der Stipulationsclausel nicht sehr strenge mehr genommen zu haben. Man war geneigt, es für hinreichend zu halten, wenn die Urkunde das Versprechen bezeugte, und die Contrahenten wenigstens persönlich zusammen gekommen waren, so dass die Beobachtung der Stipulationsform wenigstens als etwas mögliches erschien. *Paull.* V, 7, 2. *L.* 134. §. 2. *De V. O., d. L.* 7. §. 12. *De pactis.*

Nach *L.* 27. *C. De pactis* (II, 3. *Dioclet. et Maxim.*) sollte es auch gleichgültig sein, ob die Stipulationsclausel dem Vertrage vorgehe oder nachfolge.

Mit dem Verschwinden des römisch-italischen Wesens verschwand sodann die Stipulation in ihrer mündlichen Vollziehung immer mehr aus dem Verkehre. Bei den Griechen war sie nie üblich gewesen. Da aber die Rechtsregel die Form der Stipulation nicht aufgegeben hatte, so pflegte man jetzt fortwährend zu *schreiben*, dass die Stipulation wirklich geschehen sei (wie sehr die *Schrift* dabei alles galt, zeigt sich unter anderm recht anschaulich darin, dass in *Nou.* 136. *c.* 4. den Zinsen *ex stipulatione* geradezu Zinsen *ex non scripto* entgegen gesetzt werden), und die spätern *Constitutionen* zielen nur dahin, die Widerlegung dieser factischen Unwahrheit im einzelnen Falle auszuschliessen, oder sie doch höchstens etwa für den Fall der *Unmöglichkeit* wegen wirklicher Abwesenheit des einen oder andern Theils zuzulassen. *L.* 10. *C. De contrah. stip.* (VIII, 38. *Leo, A.* 469.) *L.* 14. *eod.* (*Iustinian. A.* 531.) §§. 12. 17. *I. De inut. stip.* §. 8. *I. De fideiussoribus.* Vgl. auch *L.* 4. §. 6. *C. De recep. arb.* (II, 56.) *L.* 5. *pr. eod.*

Es ist bisher von der *Stipulatio* blos ihrer Form, und gar ihrem Inhalte nach die Rede gewesen. Die Form macht aber auch ihren Charakter wesentlich aus; ihr Inhalt aber

lässt sich desswegen nicht *speciell*, wie bei gewöhnlichen Rechtsgeschäften, angeben, weil sie gerade dazu bestimmt ist, jede mögliche Vertragsverpflichtung, sobald sie nur eine *einseitige* ist, in sich aufzunehmen und ihr die zur Klagbarkeit nöthige Form zu gewähren. Durch diese ihre Natur wurde sie gerade fähig, in der ältern Zeit ganz allein neben dem *Nexum* das ganze Gebiet der strengrechtlich wirksamen Verträge des Obligationen-Rechtes zu umfassen.

Die Stipulation als Contractform ist nun auf die neuere Zeit gar nicht übergegangen; aber gerade ihre Fähigkeit, jedem materiellen Vertrage Form und Klagbarkeit zu verleihen, war für die römischen Juristen die sehr natürliche Veranlassung, die gesammte allgemeine Theorie der Verträge in materieller Beziehung vorzugsweise an der Stipulation darzustellen: so dass wir gegenwärtig aus der römischen Lehre von der Stipulation zwar dasjenige, was die Form betrifft und durch sie motivirt oder bedingt ist, ausscheiden und von dem geltenden gemeinen Rechte fern halten müssen, im dem übrigen, die Verträge überhaupt betreffenden, Theile dagegen fortwährend die mannigfaltigste Belehrung finden, und sowohl geltendes gemeines Recht als auch eine Hauptquelle der durch neuere Gesetzbücher gestalteten Particular-Rechte erkennen können.

Von diesem materiellen Theile der Stipulationslehre soll später gehandelt werden. Inzwischen sehe man die unter *Rubr. h.* §. und oben angeführten Quellenstücke.

---

§. 125. Litteral-Contract.

Litteral-Contract überhaupt ist derjenige Vertrag, welcher seine *begründende* Form (nicht eine blosse *Beweisform*) in einer bestimmten Art von schriftlicher Abfassung findet, wie der Verbal-Contract auf einer bestimmten Art von *mündlicher Rede* beruht. So ist z. B. der moderne Wechsel wahrer Litteral-Contract, während das gemeine Empfangs- und Schuldbekenntniss, auch schriftlich ausgestellt, eine blosse

Beweisform ausmacht, wie bei den Römern die über eine Stipulation gefertigte Urkunde.

Wie bei dem Wechsel, so pflegen wir überhaupt bei dem heutigen Litteral-Contract durchweg uns eine selbständige Urkunde zu denken, worin das fragliche Rechtsgeschäft verzeichnet wird. Das war aber zunächst nicht die Gestalt, welche der Litteral-Contract bei den Römern hatte.

Diese Gestalt beruhte vielmehr auf einer allgemeinen ökonomischen Sitte, die uns wenigstens bei *Cicero* als eine lange hergebrachte sich darstellt. Jeder *Paterfamilias* pflegte nämlich ein Hausbuch zu führen, welches unter dem Namen *Codex accepti et expensi* oder *Tabulae domesticae* u. dgl. vielfach erwähnt wird. *Cic. in Verr.* I, 23. *de Orat.* II, 23, 97., *p. Q. Ro.* 2. 3., *p. Cael.* 7, 17. *(tabulas, qui in patris potestate est, nullas conficit).* Vgl. auch in *Lael.* 16, 5. *Plin. H. N.* II, 5. *(Huic, scil. Fortunae, omnia expensa, huic omnia feruntur accepta, et in tota ratione mortalium sola utramque paginam facit.)*

Es war seinem Wesen nach ein *Kassebuch*, in welches also *Geld-Einnahme* und *Ausgabe* eingetragen wurde. So weit man nun bei dieser natürlichen Bestimmung des Buches stehen blieb, war damit irgend eine selbständige Bedeutung für Rechtsgeschäfte nicht verbunden, so dass z. B., wenn jemand Geld darlieh, und diese Auszahlung in seinem Buche in *Ausgabe* schrieb *(expensum ferebat)*, oder wenn der Andere das Geld empfing und es in *Einnahme* schrieb *(acceptum ferebat)*, das wirkliche *Auszahlen* und *Empfangen* die erhebliche Thatsache für Entstehung und Natur der Forderung war, ohne dass das *Eintragen* darauf irgend einen Einfluss ausübte. Mit andern Worten: die *Nomina arcaria*, d. h. *blosse Kasseneinträge*, haben mit Contract und dessen Form nichts zu schaffen. *Gai.* III, 131. f.

Daneben bediente man sich solcher Einträge auch da, wo es sich um eine gegenwärtige Geld-Einnahme oder Ausgabe gar nicht handelte, sondern wo eine Geldforderung lediglich durch Vertrag geordnet werden sollte, indem man z. B. eine ihrem Object oder Betrage nach schwankende Forderung auf einen bestimmten Geldbetrag festsetzte, (wie z. B. den Saldo einer geschehenen Abrechnung über Socie-

tät, Geschäftsführung und dgl.), oder eine aus zweiseitigem Geschäfte entsprungene, etwa noch mit einer Gegenleistung verwickelte, Forderung von dieser ablösen und zu einer einfachen und selbständigen machte (wie z. B. den Preis für eine gekaufte Sache, die *Merces* für ein gepachtetes Grundstück u. dgl.), oder bei einer laufenden oder gesetzten Forderung die Person des *Creditor* oder des *Debitor* oder beide änderte, (wie bei Cessionen, Delegationen, Expromissionen geschieht); und wo zu irgend einem dieser Zwecke eine formale Umgestaltung *(Nouatio)* der bisherigen Forderung, welche fortan als selbständiger und auf seiner eignen Form beruhender Posten bestehen sollte, beabsichtigt wurde (über die *Nouatio* s. unten §. 193.); — gleich wie wir heutzutage alle erwähnten Zwecke durch Ausstellung eines Wechsels zu erreichen suchen.

Eine solche *Nouatio* konnte auch durch *Stipulation* bewirkt werden. Daneben stand aber auch das hier vorliegende Verfahren offen, dass mit Einwilligung des Schuldners der beabsichtigte Creditor den fraglichen Betrag in seinem Buche so einschrieb, als wenn er denselben jetzt an den Schuldner baar bezahlt hätte, was ebenfalls *expensum ferre* und *expensilatio* hiess. Dieser Eintrag war jetzt die *Rechtsform* (wie heute der als selbständige Urkunde ausgestellte Wechsel), welche fortan den einzigen und formalen Grund der Forderung ausmachte.

Natürlich dass ordentlicher Weise der *Schuldner* in seinem Buche einen entsprechenden Eintrag machte (d. h. *acceptum ferre* oder *referre, acceptilatio*), indem er denselben Betrag *wie jetzt von dem Creditor empfangen* in Einnahme setzte. Doch scheint dieser Act der *Acceptilatio* für Bewirkung des Rechtsgeschäfts nicht nothwendig, also formal unwesentlich, gewesen zu sein; so wie denn auch die erwähnte Einwilligung des Schuldners in den Eintrag des Gläubigers an keine mündliche oder sonstige Form gebunden war, obgleich *Theoph. ad Tit. I. De litt. obl.* das Gegentheil erzählt.

Solche Einträge, welche anstatt einer baaren Ausgabe oder Einnahme vielmehr ein Rechtsgeschäft der bezeichneten Art enthielten, nannte man *Nomina transcriptitia:* nicht weil eine Forderung in ein Darlehn *(v. Savigny)* oder über-

haupt in eine andere Form (*Wunderlich*) *umgeschrieben*, noch weniger weil sie aus dem *Journal* (*Aduersaria*) in die eigentlichen *Tabulae* übergeschrieben wird (*Kraut*); sondern aus dem einfachen Grunde, weil derselbe *Creditor*, welcher die *neu constituirte* Forderung ihrem Betrage nach in Ausgabe setzt, zugleich die *alte*, jetzt getilgte, auf der andern Seite in Einnahme bringen muss. Sonst würde ja sein ganzes Buch unrichtig, was bei einem Eintrage ohne Geld nur dadurch vermieden werden kann, dass er in gleicher Summe auf beiden Seiten geschieht: wie wir das heutzutage, auch ohne allen juristischen Zweck, vielmehr blos um in der Geschichte unserer Oekonomie, wie das Kassebuch dieselbe darzustellen pflegt, nicht eine Lücke zu bekommen, häufig thun, z. B. wenn wir den *A.* 100., die er uns schuldig ist, an *Z.* bezahlen lassen, dem wir 100. schuldig sind oder darleihen wollen.

So wird also der Betrag auf die eine Seite eingeschrieben (z. B. *Einnahme:* Für 100 Scheffel dem *X.* verkauftes Getreide an jenseitiger Verschreibung . . . . 100.) und von da auf die andere *hinüber geschrieben* (z. B. *Ausgabe:* Auf *X.* für jenseits quittirten Kaufpreis ausstehend, mit 1. Januar nächstkünftig sammt Zins zu 5. *p. C.* zahlbar) und jedes *Nomen transcriptitium* unterscheidet sich auf den ersten Blick von den *arcariis* dadurch, dass von diesen jedes nur auf Einer Seite, jenes dagegen (als durchlaufender Posten) auf beiden steht.

Zwei merkwürdige Beispiele und Belege für die beschriebene Gestalt des *Nomen transcriptitium*, welche sich übrigens schon aus der Natur der Sache mit ziemlicher Sicherheit ergibt, finden sich bei *Cicero in Verrem* I, 36. und *pro Q. Ro.* 3. Darüber *Keller* in *Sell's* Jahrbüchern I, 3. Allgemeine Erwähnung des *Nomina facere* findet sich z. B. bei *Cic. de Off.* III, 14, 59. *ad Fam.* VII, 23, 1. *ad Att.* XII, 15, 1. VII, 3, 7. 12.

Die *Transcriptio* geschieht nun entweder *a persona in personam* oder *a re in personam*, d. h. *mit* oder *ohne* Personal-Veränderung in der Obligation.

Ob von diesem Geschäft die Peregrinen ganz ausgeschlossen seien, oder blos von der *Transcriptio a persona in per-*

sonam, das war zwischen den Proculianern und Sabinianern streitig.

Die Klage aus diesem Rechtsgeschäfte war die *Actio de certa credita pecunia* oder *Condictio certi*, *Cic. p. Q. Ro.* 5., also dieselbe Klage, welche aus *Certae pecuniae stipulatio*, *legatum*, *Adnumeratio* u. s. w. entstehen konnte.

Gaius spricht von der beschriebenen Form des Litteral-Contractes als von etwas zu seiner Zeit üblichem. Doch bediente man sich schon längst vielfach der Vermittelung der *Argentarii* mit ihrer mehr complicirten und ausgebildetern Buchführung, zu welcher neben dem allgemeinen *Kassebuch* ohne Zweifel auch ein *Contocurrentbuch* gehörte, so dass die Privatpersonen, welche mit ihnen in offener Rechnung standen, jede ihr *Folio* mit *Soll* und *Haben* (*Credit* und *Debet*) darin einnahmen, und so auch ihre Geschäfte unter einander durch Leistungen *an* den und *von* dem *Argentarius* und Umschreibung in dessen *Conti* (indem z. B. *A*., um an *B*. irgend einen Betrag zu zahlen, nur in dessen *Conto* so viel gut schreiben, sich selbst aber in dem seinigen um eben so viel belasten liess) abmachen konnten. Man sehe über die *Argentarii* und ihren Verkehr im Allgemeinen *Gai.* IV, 64. 66. 68., und *Rechtsgeschichte* §. 51., sodann über jene Vermittelung insbesondere *Donat. ad Ter. Phorm.* V, 7, 29., *ad Adelph.* II, 4, 13. (vgl. auch *Liv.* XXIV, 18. a. E., *Sen. de Benef.* III, 15.; endlich über eine ältere, noch nicht ganz aufgeklärte, Sitte, gewisse *Nomina* oder *Perscriptiones* durch die Hausbücher dritter Privatpersonen durchlaufen zu lassen: *Cic. ad Att.* IV, 18, 2., *pro Q. Ro.* 1., *de Orat.* II, 69, 280. *Sen. l. l.*, wogegen sich auf blosse Kasseneinträge (*arcaria*) zu beziehen scheinen: *Cic. in. Ver.* I, 10. II, 7. *pro Font.* 2. 3. (*Fragm. Niebuhr.*) und 1.

Später kam die Führung jener gesetzten Art von Hausbüchern, dann auch diese ganze Form des Litteral-Contractes, ausser Uebung, *Ps.-Ascon. in Verrin.* I, 23, 60. (erst ziemlich schief: *Moris autem fuit, unumquemque domesticam rationem sibi totius vitae suae per dies singulos scribere, quo appareret, quid quisque de reditibus suis, quid de arte, foenore lucrove seposuisset, et quo die, et quid item sumptus damnive fecisset*; — dann weiter: *Sed postquam obsignandis*

litteris reorum ex suis quisque tabulis damnari coepit, ad nostram memoriam tota haec vetus consuetudo cessavit. Bedenklich ist dabei, dass die *Tabulae reorum* schon zu *Cicero's* Zeit und wohl noch früher in Beschlag genommen zu werden pflegten, *Cic. l. l.*, und dass in Folge dessen, aber doch erst unter den christlichen Kaisern, die Hausbücher aufgehört haben sollen. Oder hat *Ps.-Asconius* diese Stelle aus einem ältern Schriftsteller entlehnt?) Dazu *pr. I. De litt. obl. (Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur; quae nomina hodie non sunt in usu.)*

In den Pandekten sind wenige Spuren übrig geblieben, wie in *L. 9. pr. De pactis. L. 34. pr. De rec. q. arb. L. 4. §. 1. De peculio. L. 1. De ann. leg. L. 2. §. 1. De O. et A.* (aus *Gai.* III, 136.)

Nachträglich sind als Bestandtheil der bürgerlichen Buchführung noch die *Aduersaria* (Journal, Kladde) zu erwähnen, welche bei einer ausgedehntern Oekonomie als Hülfsbuch geführt zu werden pflegten. Die Hauptstelle darüber ist *Cic. p. Q. Ro.* 2., wo indessen die einzelne Rücksicht auf die *Beweiskraft* der Hausbücher vorherrscht, und dessfalls ein Gegensatz zwischen dem eigentlichen *Codex* und den *Aduersaria*, und zwar im Streit-Interesse zum Nachtheil der letztern, herausgestellt wird, so dass, indem man die Einseitigkeit und Parteifärbung der Darstellung übersah, meist etwas schiefe Resultate daraus gezogen worden sind.

Die *Aduersaria* waren das Buch, in welches die einzelnen Handlungen und Ereignisse des Verkehrs vorweg, wie sie vorkamen, gleichzeitig, von Tage zu Tage verzeichnet wurden, nicht allein Einnahme und Ausgabe von Geld, gleich viel ob sie *soluendi* oder *credendi causa* oder sonst geschehen, in ihrem stündlichen Detail, sondern auch jegliche Rechtsgeschäfte wie sie vorkamen. Wie in dem heutigen *Journal*, so machte sich demnach die chronologische Ordnung in Folge der Gleichzeitigkeit der Eintragung ganz von selbst.

So wurde in den *Aduersariis* der Stoff gesammelt und aufbewahrt, der nachher in einer gewissen Verarbeitung in den *Codex accepti et expensi* übergehen sollte, wie denn

dieser das bleibende, jene das interimistische Andenken der darin verzeichneten ökonomischen Ereignisse zu bewahren bestimmt war. Jene Verarbeitung und die Uebertragung aus den *Aduersariis* in den *Codex* wurde ordentlicher Weise allmonatlich bewirkt.

Durch dieses quellenmässig belegte *allgemeine* Verhältniss scheinen theils mit theils ohne *besondere* Zeugnisse mit mehr oder weniger Gewissheit folgende Einzelnheiten gegeben zu sein:

1°. Manche Einnahmen und Ausgaben, welche in den *Aduersariis* in verschiedenen einzelnen Posten unter verschiedenen Tagen eingetragen waren, wurden in Folge ihrer Gleichartigkeit für den *Codex* in Einen Posten zusammen gefasst, und überhaupt die Einträge in den letztern innerhalb der Rechnungsperiode (des Monates) so viel wie möglich *generisch* geordnet. Dafür findet sich eine zuverlässige Andeutung bei Corn. *Nep. in Att.* 13, 6. (*scimus, non amplius quam terna millia aeris, peraeque in singulos menses, ex ephemeride eum expensum sumptui ferre solitum*), welche Stelle, so viele Anfechtungen sie, auch abgesehen von der Ziffer, von Kritikern und Interpreten hat erdulden müssen, und so oft sie ganz übersehen worden ist, doch gewiss nichts anderes bedeutet, als *Atticus* habe monatlich so viel für Unterhalt aus den *Aduersariis* in den *Codex* als Ausgabe übertragen.

2°. Augenblickliche Ausgaben weniger bedeutender Art, deren Betrag vor der Eintragung in den *Codex* wieder in die Kasse zurück gekehrt war, wurden aus letzterm vielleicht ganz weggelassen.

3°. Eine eigenthümliche Behandlung erforderten die eingegangenen Rechtsgeschäfte. In den *Aduersariis* standen sie alle, förmliche oder formlose, unter dem Tage ihrer Eingehung, und wenn schon diese mittelst einer Geldausgabe oder Geldeinnahme geschehen war, wie z. B. Darlehn, so gingen sie ohne weiteres als *Expensum* oder *Acceptum*, d. h. als *Nomina arcaria*, in den *Codex* über. Das war aber gerade bei den wenigsten der Fall. War ein Kauf, eine Abrechnung über Societät oder Mandat u. dgl. erst vertragsmässig abgeschlossen, so dass jetzt der Verkäufer *ex uendito* den

Preis, der *Socius* oder *Mandans* mit seiner Contractklage den Saldo zu fordern hatte, so eignete sich dies Verhältniss gar nicht zu einem Eintrage in den *Codex*, sondern musste in den *Aduersariis* liegen bleiben bis zu einem weitern Stadium seiner Entwickelung. Dieses konnte eintreten a) durch Zahlung: dann ging natürlich das empfangene *resp.* ausgelegte Geld, unter Bezugnahme auf das früher geschlossene Rechtsgeschäft, in die beiderseitigen *Codices* als *Nomen arcarium* über; oder b) durch Novation im Wege des *Litteral*-Contractes (*Nomina facere*): dann ging das Geschäft gleichfalls, aber als *Nomen transcriptitium*, in die *Codices* über; oder endlich c) durch Novation im Wege der *Stipulation*: diese machte das Geschäft eben so wenig tauglich zur Eintragung in den *Codex*, als wenn es von Anfang an in dieser Form abgeschlossen wäre; es bleibt also *nach* wie *vor* der Stipulation und *mit derselben* bis zur Zahlung *in den Aduersariis liegen;* wonach denn die Vorwürfe, welche Cicero a. a. O. dem Gegner des *Q. Roscius* darüber macht, dass er sich auf seine *Aduersaria* und nicht ein Mal auf den *Codex* berufe, durch die einzige Entgegnung zu widerlegen waren, dass man nicht einen *Litteral*-Contract, sondern eine *Stipulation* zu beweisen habe. Sollten Stipulationen *als solche* gebucht werden (oft standen sie nämlich mit Kassegeschäften, z. B. Gelddarlehn, in Verbindung, welche letztere natürlich als *Nomina arcaria*, mit oder ohne Erwähnung der begleitenden *Stipulatio*, im *Codex* comparirten), so bedurfte es dazu eines *Contocurrent*-Buches, wovon das so häufig vorkommende *Calendarium*, das Zinsbuch, eigentlich nur eine einzelne Figur ausmacht, nämlich diejenige, welche für den *Capitalisten* Bedürfniss war, um über seine ausstehenden gesetzten Geldposten, (mochten dieselben auf blosser *Adnumeratio*, etwa mit Empfangs-, Verpflichtungs-, Verpfändungsbescheinigung u. dgl., oder auf *Nomen transcriptitium*, oder endlich, was bei den auf längere Zeit contrahirten Geldgeschäften gewiss der gewöhnliche Fall war, auf Stipulation und Stipulations-Urkunden oder *Syngraphis* u. dgl. beruhen) die Uebersicht zu erhalten, indem er jedem dieser Posten sein besonderes Blatt anwies, und darauf sowohl das Capital als die verfallenen und eingegangenen Zinsen, mit mehr oder

weniger marquirter Trennung des *Soll* und *Haben*, eintrug. Vgl. z. B. *Sen. Ep.* 87, 14. *de Benef.* I, 2. VII, 10. *Martial.* VIII, 44, 11., *L.* 41. *De R. C.*, *L.* 58. *De peculi.* *L.* 39. §. 8. *De admin. tut.* *L.* 64. *De legatis* 3°. *L.* 37. *De usufr. leg.* *L.* 6. *De instructo.* *L.* 40. §. 4 *De statulib.* *L.* 6. §. 2. *De muneribus.* *L.* 9. §. 7. *De admin. rer.* *L.* 3. *C. De compens.* (IV, 31.)

4°. Ob die verschiedenen und ungleichzeitigen Handlungen und Ereignisse, welche zur Entwickelung eines und desselben Rechtsgeschäftes gehörten (wovon *sub* 3.), in den *Aduersariis* wirklich genau jedes unter seinem Tage, ob mit oder ohne Verweisung an der einen Stelle auf die andere, ob endlich die spätern blos etwa durch Hinzusetzen bei den frühern eingetragen wurden, das muss wohl von der Individualität der Einzelnen abgehangen haben. Auf diese freiere Form der *Aduersaria* mag namentlich das zu beziehen sein, was *Cic. p. Q. Ro. l. l.* mit einiger Uebertreibung als die Unordnung der *Aduersaria* im Gegensatz der strengen Ordnung des *Codex* herausstreicht.

Ganz bestritten ist schliesslich die Ableitung des Namens *Aduersaria*: ob daher, weil die Blätter darin auf beiden Seiten beschrieben worden wären (*opistographa*), oder weil die *aduersa pars* die mehr gebrauchte (*usitatior*) war, indem sie die Ausgabe, die *auersa* dagegen die Einnahme enthielt, oder weil alles durch einander eingetragen worden, oder (wenigstens um etwas besser), weil man dieses Buch immer zur Hand hatte (*assidue obuersabantur, quasi aduersus posita*). Dem sei wie ihm wolle, so verdient das mehr Beachtung, dass nach dem Obigen der Name *Ephemeris* (*i. q. diarium*) als gleichbedeutend mit *Aduersaria* gebraucht wird, wobei der angeführten Stelle von *Cornelius Nepos* (*in Att.* 13, 6.) wohl auch noch *Cic. p. Quinctio* 18. an die Seite gesetzt werden darf, ingleichen *Propert.* III, 22, 19. und *Ouid. Am.* I, 12, 23. ff. Dagegen hat man mit Unrecht mehrere andere Stellen, in welchen *ephemerides* oder *diaria* vorkommen, hieher gezogen, indem man übersah, dass es auch andere als *ökonomische* Tagebücher gibt, z. B. *astronomische* über die Bewegung und Stellung der Gestirne, *Plin. H. N.* XXIX, 1. *Non. Marcell.* II, 22. (*Ed. Gothofred.*)

Itiner. Alex. M. 6., *geschichtliche*, *Gell.* V, 18., auch Tagebücher für die ordinären Erlebnisse, wie sie junge Damen und andere müssige oder sonst selbstbiographisch gestimmte Leute zu führen pflegen, und worauf wohl *Sueton. in Octav.* 64. (*filiam et neptes ita instituit, ut . . . vetaret loqui aut agere quidquam, nisi propalam et quod in diurnos commentarios referretur*) zu beziehen ist — anstatt aller juristischen und ernsten Deutungen, welche man dieser Stelle gegeben hat. Auch bei *Sen. Ep.* 122. *p. med.* (*quotidie sobrius prodis; sic coenas, tamquam ephemeridem patri approbaturus*) hat die *Ephemeris* eine mehr vulgäre Bedeutung; wie sich endlich aus dem *Procurator ab ephemeride* bei *Gruter. Inscr. p.* 474. und *Orell. Inscr. N.* 2952. für die vorliegende Materie eben so wenig entnehmen lässt.

Ueber den Inhalt dieses ganzen §. s. *v. Savigny* über den Litteral-Contract der Römer, in den Abhandlungen der Berl. Academie, 1819. S. 289 — 306, und in den Vermischten Schriften I, 9. *Keller* a. a. O. Seither *Schüler* die *Litterarum obligatio*, Breslau 1842. 8. *Heimbach*, die Lehre von dem *Creditum*, Leipzig 1849. 8. S. 350. ff.

---

§. 129. SC. Macedonianum.

Paulli R. S. II, 10. *Cod. Greg.* (*Haenel*) III, 8. *Tit. Dig. et Cod. De SC^to Maced.* (XIV, 6. IV, 28.)

Schon unter *Claudius* (*A.* 800.) wurde verboten, einem *Filiusfamilias* auf den Tod seines Vaters hin Geld zu borgen, *Tac. A.* XI, 13. (*Et lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiisfamiliarum faenori darent.*)

Unter *Vespasian* scheint ein besonders schreiender Fall solchen Schuldenmachens vorgekommen zu sein, indem nämlich ein *Filiusfamilias*, *Macedo* mit Namen, durch dasselbe mit veranlasst würde, seinen Vater umzubringen. *Theoph.* ad §. 7. *I. cit.*

Jetzt folgte in verschärfendem Sinne das *SC. Macedonianum*, welches, freilich ohne Namen, *Sueton. in Vespas.* 11. erwähnt (*Ne filiorum familiarum foeneratoribus exigendi crediti ius unquam esset, hoc est, ne post patrum quidem mortem*, vgl. *Dirksen*, zur Auslegung der Kaiserbiographien des *Suetonius*, S. 13., Abhandl. d. Berl. Academie v. 1848), und welches uns in *L. 1. pr. h. t.* von *Ulpian* seinem Wortlaute nach so überliefert wird:

CUM INTER CAETERAS SCELERIS CAUSSAS MACEDO, QUAS ILLI NATURA ADMINISTRABAT, ETIAM AES ALIENUM ADHIBUISSET, ET SAEPE MATERIAM PECCANDI MALIS MORIBUS PRAESTARET QUI PECUNIAM, NE QUID AMPLIUS DICERETUR, INCERTIS NOMINIBUS CREDERET: PLACERE, NE CUI, QUI FILIOFAMILIAS MUTUAM PECUNIAM DEDISSET, ETIAM POST MORTEM PARENTIS EIUS, CUIUS IN POTESTATE FUISSET, ACTIO PETITIOQUE DARETUR: UT SCIRENT QUI PESSIMO EXEMPLO FOENERARENT, NULLIUS POSSE FILIIFAMILIAS BONUM NOMEN EXPECTATA PATRIS MORTE FIERI.

Dass viele die Nachricht des *Theophilus* bezweifelten, und den im *SC.* genannten *Macedo* vielmehr für den *Foenerator* nahmen, hatte seinen Grund in dem Missverständniss, durch welches man *Macedo* nicht blos auf *adhibuisset*, sondern auch auf *praestaret* als Subject bezog, und *Macedo* mit *Qui* für dieselbe Person hielt, während schon der Unterschied im *Tempus (adhibuisset — praestaret)* auf den wahren Sinn hinweis't, nämlich: *Da Macedo unter andern Ursachen seines Verbrechens, die ihm seine Schlechtigkeit eingab, auch den Weg des Schuldenmachens betreten hatte, und da für sittenlose Menschen oft derjenige den Anlass zu schlechten Streichen gewährt, welcher ihnen Geld, um nicht mehr zu sagen, auf gewagte Weise creditirt,* u. s. w.

Um dem Uebel umfassender zu steuern, versagt das *SC.* überhaupt jede Klage aus Gelddarlehen, welches einem *Filiusfamilias* gegeben wäre; und zwar wird die Klage *nach des Vaters Tode* eben so wohl wie bei Lebzeiten desselben ausgeschlossen; *damit*, so schliesst das *SC.*, *Jeder, welcher zu solch schlechtem Traffic Lust hätte, zum voraus wisse, dass er mit allem Passen auf den Tod des Vaters seine werthlose Forderung nicht zu einer guten machen könne.* — (Ueber den Doppelsinn von *expectare* s. beiläufig *Quinctilian. Inst. or.* IX, 3, 68. *Cum Proculus quereretur de filio, quod*

is mortem suam expectaret, et ille dixisset, se uero non expectare: Immo, inquit, rogo expectes. Vgl. **Rutil. Lup.** *de Fig. sent.* I, 5.)

Für die Anwendbarkeit des *SC.* (so wie für die *Potestas* überhaupt) machen *Geschlecht, Alter, Aemter* des Kindes, auch ob es Kind oder Enkel u. s. w. sei, keinen Unterschied. *L.* 1. §. 3. *L.* 9. §. 2. *L.* 14. *h. t. L.* 6. §. 1. *C. eod.* Auch ist es gleichgültig, ob das Darlehn als Real-Contract eingegangen oder in die Form einer Stipulation gebracht werde. In beiden Fällen kommt es hinsichtlich des *SC.* auf den Zeitpunkt der Auszahlung an. *L.* 3. §. 4. *LL.* 4—6. *L.* 7. §. 7. *h. t.*

Die *Exceptio* steht dem *Filiusfamilias* selbst und seinem Vater, auch den Erben, zu; nicht minder den Bürgen, falls sie gegen den *Filiusfamilias* Regress haben würden. *L.* 7. §. 10. *L.* 9. §. 3. *h. t. L.* 6. *C. eod.*

Selbst gegen die *Actio iudicati* ist die *Exceptio SCti* noch wirksam. *L.* 11. *h. t.*

Dagegen ist die *Condictio indebiti* nach geschehener Zahlung ausgeschlossen: insofern bleibt also *naturalis obligatio* bestehen. *L.* 9. §§. 4. 5. *L.* 10. *h. t. L.* 40. *pr. De cond. indeb.* Vgl. jedoch auch *L.* 26. §. 9. *eod. L.* 9. §. 1. *h. t. L.* 14. *De R. C.*

Für alle andern Rechtsgeschäfte bleibt der *Filiusfamilias* in seiner Handlungsfähigkeit unbeschränkt, sobald sie nicht auf Umgehung des *SC.* abgesehen sind. *L.* 3. §. 3. *L.* 7. *pr.* §§. 1. 3. *L.* 13. *h. t. L.* 3. *C. eod.*

Das Verbot cessirt: so weit der Sohn ein *Peculium castrense* hat, *L.* 1. §. 3. *L.* 2. *h. t.*; ferner wenn der Vater das Darlehn genehmigte, *L.* 7. §§. 11. 15. *L.* 12. *L.* 14. *L.* 16. *h. t.*, oder wenn dasselbe zu dessen Vortheil verwendet wurde *L.* 7. §§. 12. 13. *L.* 17. *h. t.*; ebenso wenn der Empfänger nach Aufhebung der *Potestas* die Schuld anerkannte, *L.* 7. §. 16. *L.* 8. *L.* 9. *pr. L.* 20. *h. t.*; endlich auch, wenn der Darleiher aus entschuldbarem Irrthum den *Filiusfamilias* für *Paterfamilias* hielt, *L.* 3. *pr.* §. 1. *L.* 7. §. 8. *L.* 19. *h. t. L.* 1. *C. eod.* Ueberhaupt vergl. über diese Ausnahmen noch *L.* 2. *L.* 4. *L.* 5. *L.* 7. *C. h. t.*

§. 131. Commodatum.

Paull. II, 4. *Titt. Dig. et Cod. Commodati* (XIII, 6. und IV, 23.)

Commodat oder *Leihvertrag* (*Unterholzner: Gebrauchsdarlehn*, wogegen das *Mutuum Verbrauchsdarlehn*) ist die Uebergabe einer Sache zu einem unentgeltlichen Gebrauche, unter Verpflichtung zu individueller Rückgabe: *d.* §. 2., *L.* 1. §. 3. *De O. et A.*, *Isidor.* V, 25. (*Commodum* [so auch meine H.-S., doch wohl zu lesen: *commodatum*] *est id, quod nostri iuris est, et ad alios temporaliter translatum est commodum temporis quamdiu apud eum sit: unde et commodum* [*commodatum?*] *dictum est.*) *Agroetius de Orthogr. ap. Putsch. p.* 2274. (*Inter Commodatum et Mutuo datum nonnihil distat: commodamus amico pro tempore animal, seruum, uestem, hanc ipsam rem, quam dedimus, recepturi; mutuo damus pecuniam, triticum, uinum et his similia, quae mutata recipi necesse est.*)

Durch das Unentgeltliche unterscheidet sich das Commodat von der Miethe, durch den Gebrauch von dem Depositum, durch die individuelle Rückgabe von dem Darlehn.

In älterer Zeit wollte man *commodare* nur auf bewegliche Sachen beziehen, und unterschied davon den weitern Begriff von *utendum dare*, welcher auch unbewegliche Sachen umfasste. Es wurde aber die andere Meinung geltend, dass auch das *Commodat* auf beiderlei Sachen Anwendung finde. *L.* 1. §. 1. *h. t. L.* 17. *pr. De praescr. uerb.*, *Gai.* IV, 153.

Verzehrliche und fungible Sachen als solche können nicht Gegenstand des Commodates sein, *L.* 3. §. 6. *L.* 4. *h. t. L.* 18. §. 1. *De R. C.*

Eigenthum des Gebers ist nicht erforderlich; Eigenthum des Empfängers schliesst das Commodat aus, *L.* 15. *L.* 16. *h. t.*

Der *Commodatar* erhält blosse Detention, der *Commodans besitzt* durch ihn. *Gai.* IV, 153., *L.* 8. *L.* 9. *h. t.*

Die Art und Dauer des Gebrauches bestimmt der Contractwille; wo dieser nicht massgebend ist, der einseitige Wille des *Commodans*, *L.* 17. §. 3. *h. t.*

Ueberschreiten des gestatteten Gebrauches ist an sich schon regelmässig *Culpa; wissentliches* ist *Furtum usus*, §§. 6. 7. *l. cit.* Ein Beispiel alter Strenge in letzterer Beziehung erzählt *Val. Max.* VIII, 2, 4. (... *iudicio, in quo quidam furti damnatus est, quod equo, cuius usus illi usque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore eius municipii cliuo uectus esset.*)

Die ordentliche Hauptverpflichtung aus diesem Contract liegt auf Seite des *Commodatars.* Ihr nächster Gegenstand ist Restitution *in specie*, in gehörigem Zustand, wie empfangen, *cum omni caussa*, §. 2. *L. cit.*, *L.* 3. §. 1. *h. t.* *L.* 38. §. 10. *De usuris.*

Der Commodatar haftet, wenn er gar nicht oder nicht gehörig restituirt, für jegliche *Culpa*, nicht für *Casus*, *L.* 1. §. 4. *De O. et A.* *L.* 5. §§. 2. 4. 5. *L.* 18. *pr. h. t.*

Zur Geltendmachung seiner Forderung hat der *Commodans* eine zwiefache Klage, *Actio commodati*, *Gai.* IV, 47.

Zunächst eine reine *restitutoria*, *in factum concepta*, nämlich auf das Geben und das widerrechtliche Nicht-Zurückgeben, als auf ihre Voraussetzung, gestellt, und auf *Condemnatio quanti ea res erit* gerichtet. So weit wird der Forderung und Verpflichtung nicht ein *Creditum* zum Grunde gelegt.

Dann aber auch eine wirkliche *Actio in ius concepta*, mit *dare facere oportere ex fide bona*, also *propter rem creditam*, im weitern Sinne *Condictio*, *L.* 2. *De fidei.* Vergl. *L.* 13. §. 1. *L.* 21. *pr.* §. 1. *L.* 1. §. 22. *Depos.* Sie wird erst durch Verschuldung begründet, und findet eigentlich nicht Statt, so lange die *Facultas restituendi* vorhanden ist, *d. L.* 21. — Sie ist *incerta* und *bonae fidei.* Die Worte *nisi restituat* bei *Gai. l. l.* (nach *Huschke's* Vermuthung auf Grund der in der Handschrift sichtbaren Buchstaben NR eingeschoben) haben zwar als Conjectur sehr viel für sich, dürfen aber doch nicht für absolut gewiss genommen werden, erstlich weil die Sigle NR für *nisi restituat* nicht beglaubigt ist (s. den *Index Siglarum* zu *Gaius* und die Sigeln-Schriftsteller bei *Gothofred.* u. A.); zweitens weil von jener Klausel *nisi restituat* in *Actiones* auf *dare facere oportere* sonst

kein Beispiel vorkommt, und weil drittens doch wenigstens ein Irrthum des Abschreibers denkbar ist.

Dass die *Actio in factum concepta* wesentlich der *Filiifamilias* wegen eingeführt wäre, weil ihnen die *Actio* mit *dari fieri oportere* nicht zugänglich ist (*L.*9. *L.*13. *De O. et A.*, *L.* 12. *De in ius voc.*), wie jenes *v. Savigny* (*Syst.* V, §.216., S. 84.) und *Schilling* (*Inst.* §. 271. *not. n.*) annehmen, daran ist sicherlich gar nicht zu denken.

In *L.* 3. *h. t.* ist wohl durchweg von der *Actio in factum concepta* die Rede, wie die *res non reddita*, das *quanti ea res est*, die *caussa doli* und die Möglichkeit der solidarischen Condemnation des Erben andeutet. Wohl lautete dieser Stelle nach auch die *Commodati in factum actio*, wie wir es von der *Depositi* wissen, *Gai.* IV, 47., blos auf *dolus*, so dass wegen *culpa* nur mit der *Actio in ius concepta* geklagt werden konnte. Sollte ursprünglich die *Actio in factum concepta* durch die *Facultas restituendi* bedingt gewesen sein, worauf etwa nöthigenfalls eine *Interrogatio in iure* zu richten gewesen wäre? Dieses ganze Verhältniss zwischen den beiden Klagfiguren bleibt sehr schwierig und ungewiss. Vgl. auch *Wächter*, Erört. II, S. 87.

Durch das Commodat kann schliesslich auf der andern Seite eine *Actio contraria* für den *Commodatar* begründet sein auf Ersatz von *Auslagen*, welche nicht blos zum Behufe des Gebrauches erliefen, ferner von *Schaden*, der durch *Culpa* des *Commodans* verursacht wäre, und dgl. *L.* 18. §§. 3. 4. *L.* 22. *L.* 17. §.5. *h. t.* Diese *Actio contraria* war ohne Zweifel immer *in ius concepta*. Zum Gegensatz derselben wird die ordentliche *Actio commodati* des *Commodans* bekanntlich *directa* genannt.

---

§. 136. Innominat-Contracte.

Wenn man von der Regel ausgeht, dass der formlose Vertrag keine *vollgültige* und *klagbare*, aber doch eine *naturalis obligatio* begründet, so wird derselbe seine volle und

definitive Wirksamkeit nur durch die freiwillige Erfüllung finden können, und zwar, wenn er ein zweiseitiger ist, durch die freiwillige Erfüllung *von beiden Seiten*. Der Vertrag ist dann hinlängliche *Caussa* (Rechtsgrund) für Jeden von Beiden, das Empfangene zu behalten.

Hat nun aber der Eine erfüllt, und der Andere will nicht erfüllen, so erscheint damit jene geschehene Erfüllung als eine unbegründete, als eine solche, deren *Caussa* (nämlich die bedungene und erwartete Gegenleistung) ausgeblieben ist und fehlgeschlagen hat. Nicht ein Mal eine *naturalis obligatio* steht ihr jetzt mehr zur Seite, denn auch diese war ja durch die Gegenleistung bedingt. Die gemachte Leistung muss also zurück gefordert werden können *propter caussam non secutam*.

Unter diesem Gesichtspunkte bestand seit alter Zeit eine Klage, die s. g. *Condictio ob caussam datorum* oder *caussa data caussa non secuta*, auch auf andere Fälle als den hier vorliegenden anwendbar (s. §. 173.). Das Geschäft wird durch dieselbe *ganz* rückgängig, da es nicht *halb* bestehen kann.

Seit dem Anfange der Kaiserzeit fing man aber an, jene einseitige Erfüllung eines formlosen zweiseitigen Vertrages noch unter einem andern Gesichtspunkte zu betrachten und ihr eine höhere Wirksamkeit zuzuschreiben; und diese neue Lehre scheint von *Labeo* und seiner Schule ausgegangen zu sein, wie denn darauf theils manche Stellen, z. B. *L.* 1. §. 1. *L.* 19. *pr. L.* 20. *pr. De praescrip. uer. L.* 7. §. 2. *De pactis. L.* 3. §. 3. *De cond. ca. da.*, theils der Umstand hindeutet, dass *Gaius* als Sabinianer davon nichts enthält.

Man machte nämlich den Gedanken geltend: der formlose Vertrag hört auf ein *nudum pactum* zu sein, sobald er von der einen Seite erfüllt ist; er erhält dadurch von Seite des Erfüllenden und für denselben eine *ciuilis caussa*: was der Verbindlichkeit *ex pacto* fehlte, das findet sich jetzt *re secuta* gegen den Empfänger ergänzt, *L.* 8. *L.* 15. *De praescr. uer. L.* 7. §. 4. vgl. §. 2. *De pactis.*

Wie bei den obigen Real-Contracten das Hingeben durch den beigefügten Vertrag (gleichsam *Lex dationi dicta*, *L.* 8. *C. De cond. ob. cau.* IV, 6.) seine rechtliche Bedeutung er-

hielt, so soll jetzt jedes *Pactum* durch die einerseits hinzutretende Erfüllung gegen den Andern seine rechtliche Kraft erhalten; es soll dadurch auf Seite des Empfängers ein *Dare facere oportere ex fide bona* entstehen, denn es widerspricht der *Bona fides*, dass er die vertragsmässige Leistung annehme und sich nun doch der Gegenleistung entziehen wolle.

So stellte man für solche Fälle eine neue Klage auf, *incerta* und *bonae fidei*. Eine *Demonstratio* konnte man ihr nicht geben, denn sie war ja nicht, wie etwa die *Actiones empti-uenditi, locati-conducti* und dgl., für ein einzelnes Rechtsgeschäft mit gleichmässigem Inhalte bestimmt, welches mit seinem einfachen Namen hätte genannt und bezeichnet werden können (d. i. *demonstrari*), sondern für alle möglichen Verträge, die an sich nicht klagbar, durch die Erfüllung des Einen für diesen gegen den Andern klagbar werden sollen. Demnach musste an der Stelle einer *Demonstratio* der Inhalt des Vertrages selbst und dazu die Thatsache der von dem Kläger geschehenen Erfüllung mit einer gewissen Ausführlichkeit, der *Intentio* voran geschickt werden: das geschah durch eine *Praescriptio, praescripta uerba.*

Daher die Namen *Actio praescriptis uerbis, Actio in factum ciuilis*, mit oder ohne den Zusatz *incerta*, z. B. *L.* 6. *C. De transactt. (... utilis actio, quae praescriptis uerbis rem gestam demonstrat) L.*23. a. E. *Comm. diu. L.*6. *C. De rer. permut.* (IV, 64.) *L.* 7. §.2. *De pactis.*

So wurde diese Klage ein Supplement für das ganze Klagensystem, und diente zur Geltendmachung jedes erlaubten Vertrages, sobald der Kläger sich dabei auf seine schon geschehene Erfüllung berufen konnte; insbesondere kam sie als solches auch da in häufigen Gebrauch, wo bei einem vorliegenden Rechtsgeschäfte ein einzelnes Merkmal eines der ordentlichen Contractbegriffe fehlte oder zweifelhaft war. *LL.* 1—4. *De praescrip. uer.* Ueber diesen Gegensatz der ordentlichen oder *benannten* Contracte (z. B. *emptio uenditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum, pignus, stipulatio* u. s. w.) überhaupt s. *L.* 1. §. 4. *L.* 7. §§. 1. 2. *De pactis.*

An dieser subsidiären Natur der *Actio praescriptis uerbis* hielten auch zumal die ältern Juristen mehr und weni-

ger fest, so dass sie dieselbe ausschlossen, wo eine andere Klage begründet war. *L.* 5. §§. 2, 4. *De praescrip. uer.*

Neben der Hauptleistung ging übrigens die *Actio praescriptis uerbis* auch auf die Nebenpunkte, wie Früchte und *omnis caussa*, auch Nachwährschaft u. dgl. *L.* 7. §. 2. *De pactis*, *L.* 5. §. 2. *h. t.*

Dabei kommt auch Prästation der *Culpa* zur Sprache, verschieden je nach der materiellen Beschaffenheit der Verträge, ganz gemäss der allgemeinen Regel (s. §. 106.), *L.* 17. §. 2. *h. t.*

Das sind nun die s. g. *Innominat - Contracte*, welche *Paullus*, da sie sich, der beschriebenen Natur zufolge, *einzeln* nicht aufzählen lassen, wenigstens unter Kategorien ordnet, nach dem Verhältniss zwischen Leistung und Gegenleistung, nämlich: *Do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, *L.* 5. *h. t.* wobei nur das noch jetzt nicht recht genügend aufgeklärt ist, wesswegen *Paullus* in §. 3. *h. L.*, und zwar im Widerspruch mit *Ulpian*, *Gaius* u. s. w.; vgl. *L.* 15. *L.* 22. *h. t.* *L.* 3. §. 4. *De cond. ca. da.*, für die Kategorie *Facio ut des* die *Actio praescriptis uerbis* ausschliesst (*Quod si faciam, ut des, et, posteaquam feci, cessas dare, nulla erit ciuilis actio, et ideo de dolo dabitur; Schilling, Inst.* §. 324. *not. ee*: weil eine genaue Analogie mit einem einzelnen benannten Contract fehle, u. dgl.).

Was aber schliesslich das Verhältniss der beiden Klagen, der *Condictio ob caussam datorum* und der *Actio praescriptis uerbis*, zu einander betrifft, so könnte man denken, dass gemäss der bei der letztern waltenden Analogie der ordentlichen Contracte die erstere weggefallen sei, nachdem man die andere zugelassen hatte. Das war aber keineswegs der Fall; vielmehr wirkte der Gedanke fort, dass nur der Empfänger, nicht aber der Geber durch den Vertrag gebunden sei; denn erst die *Leistung* hatte dem Vertrag seine Kraft gegeben, und begreiflich nur zu Gunsten des *Leistenden*. Diesem sollten also auch nach dem neuen System die beiden Klagen zur Auswahl zustehen; und zwar ohne Unterschied, ob der Empfänger seine Leistung verweigert und ob dieselbe schon fällig ist, oder nicht, so dass also nicht *Mora*, sondern rein die *Reue* des Gebers für die Rückforderung bestimmend wird.

L. 3. §§. 2. 3. *L.* 5. *pr.* §§. 1. 2. *De cond. ca. da. L.* 7. *De praescr. uer. L.* 10. *C. De cond. ob cau.* (IV, 6.) L. 1. *L.* 4. *C. De rer. permut.* (IV, 64.). — Nur ist dabei festzuhalten, dass unverschuldete Unmöglichkeit der Gegenleistung hier, wie anderwärts bei ordentlichen Contracten, für Erfüllung gilt, also die Rückforderung der Leistung ausschliesst; und dass der Leistende den Empfänger, der für seine Gegenleistung schon Anstalten getroffen und Auslagen gehabt hat, nicht etwa durch vertragswidrige Rückforderung in Schaden bringen darf, sondern hiefür wenigstens Abzug gewähren muss, *dd. ll.* Dazu *L.* 65. §. 4. *L.* 66. *De cond. indeb.* — Uebrigens mag es wohl in dieser Beziehung unter den *römischen* Juristen nicht an ungleichen Meinungen gefehlt haben. *L.* 19. *pr. De R. C. L.* 16. *De cond. ca. da.*

---

§. 142. Pacta adiecta.

Man stellte die Regel auf, dass alle Nebenverabredungen, welche einem *bonae fidei contractus* bei dessen Abschlusse gleichzeitig beigefügt werden, als Bestandtheile des Hauptvertrages angesehen und mit der aus diesem entspringenden Klage geltend gemacht werden können. *L* 7. §. 5. *L.* 50. *De pactis. L.* 75. *L.* 79. *De C. E.*

Spätere Nebenverträge können, wie alle *pacta nuda*, defensiv geltend gemacht werden, aber nicht durch Klage, es wäre denn, dass darin eine wirkliche Umgestaltung des Hauptcontractes, also ein neuer Abschluss desselben, gefunden werden könnte; womit sie denn freilich auch in der That aufhören, blosse Nebenverträge zu sein. *L.* 72. *pr. De C. E., L.* 7. §. 6. *L.* 27. §. 2. *De pactis.* Jene defensive Wirksamkeit aber findet *ipso iure* Statt, wenn der Vertrag gerade auf eine Schmälerung des fraglichen Klagerechtes gerichtet war, wie z. B. das nachgehende *pactum ne cautio duplae praestetur* gegenüber der *Actio empti;* wogegen ein nachgehendes *pactum*, welches ein Klagerecht erweitern sollte, z. B. *ut cautio duplae cum* *f i d e i u s s o r e* *praestetur*, nicht

etwa mit der Contractklage (z. B. *Actio empti*) geltend gemacht, sondern nur einer anderseitigen Klage (z. B. der *Actio venditi*), und zwar *exceptionsweise*, gelegentlich entgegengesetzt werden kann. (Das ist der Sinn der *L.* 72. *pr. cit.* Vgl. *L.* 27. *De R. I.*; *Schilling*, *Inst.* §. 381. *not. g.*)

Hinsichtlich der *Stipulationen* blieb man zwar fortwährend bei den zwei Sätzen stehen, dass *Pacta ex intervallo adiecta*, wenn sie die Obligation zu mindern gemeint waren *(quae minuendae obligationis essent)*, blos eine *Exceptio* bewirken, und dass selbst *Pacta in continenti adiecta*, wenn der Stipulations-Act selbst auf sie nicht irgendwie mit bezogen werden kann, kein Klagerecht zu begründen vermögen, *L.* 99. *pr. De V. O.* vgl. auch *L.* 7. §. 5. *De pactis.* *Paull.* II, 14, 1. *L.* 3. *C. De usuris*: dagegen hatte doch in der spätern classischen Zeit die Regel, wenn auch nach vielerlei Erörterungen, Anerkennung gefunden, dass *mindernde Pacta in continenti adiecta* die *Obligatio ex stipulatu ipso iure* beschränken und, auch ohne äussere Beziehung des Stipulations-Actes auf sie, gleichsam als integrirende Bestandtheile der *Stipulatio* oder als wirksames Element für ihre Auslegung gelten sollten *(stipulationi inesse creduntur)*, *L.* 40. *De R. C.* — Gleichwie man in jeder *Stipulatio dotis caussa facta* (so dass also die Bestimmung der versprochenen Leistung zur *Dos* aus der Stipulation erkennbar war) die stillschweigende Bedingung, *wenn die Ehe eingegangen sein werde*, erkannte, und daher der *Actio ex stipulatu* bis zur Hochzeit *(pendente condicione) ipso iure* die Wirksamkeit versagte, oder, wenn dieselbe nicht mehr zu erwarten stand, die ganze Stipulation *(propter defectam condicionem)* als erloschen betrachtete, *L.* 4. §. 2. *De pactis*: so nahm man auch eine *pura stipulatio de pecunia credita* in Folge der Nebenabrede, dass bei richtiger Zinszahlung das Kapital nicht gefordert werden sollte, geradezu für eine bedingte, als ob wörtlich stipulirt wäre *Si usurae suo die non solventur, sortem dare spondes.* §. 3. *ib.* vergl. *L.* 126. §. 2. *in fi. De V. O.*; und ebenso sollte in dem Falle, da man ein Kapital auf einen bestimmten Tag und von da an Verzugszinsen stipulirt, dabei aber durch *pactum adiectum* für das Kapital Terminzahlungen gewährt hatte, der *Creditor ipso iure* nur die fällig gewor-

denen Terminraten des Kapitals, und nur von diesen die Verzugszinsen, fordern können, obgleich in letzterer Beziehung (wenn nur der Vertragswille dafür spräche) als zulässig anerkannt wird, dass wegen *Mora* bei einer einzigen Kapitalrate die Verzugszinsen für das *ganze* Kapital zu laufen begönnen, *L.* 40. *De R. C.* Endlich wird von einer vorangestellten Abrede (*quae praefationibus conuenisse concipiuntur*) in *L.* 134. §. 1. *De V. O.* dasselbe, was vorhin von der angehängten, gesagt, jedoch mit der Beschränkung, dass nicht bei der Stipulation gerade die Absicht gewaltet habe, von jener Abrede abzugehen, was daran zu erkennen wäre, wenn jene durch diese ganz bedeutungslos würde (*si non ex ea repetitione inutilis efficiatur stipulatio*). Ueber diese Rücksicht auf den materiellen Willen bei Auslegung der Stipulationen vgl. auch *L.* 5. *De transactt.*

Uebrigens darf nicht hieher, zur Wirksamkeit der *Pacta adiecta*, gezogen werden

a) was die äussere und innere Formal-Theorie der *Stipulatio* selbst betrifft, wie §§. 2. 3. *d. L.* 134., (*Litterae* ohne Frage und Antwort, *pluribus pactis una stipulatio subiecta*), dann §. 3. *I. De V. O.* (*quoad uiuam?*) vgl. mit *L.* 44. §. 1. *De O. et A.*, *L.* 4. *De seruitt.* u. dgl.; darüber s. §. 116.

b) Der Satz, dass bei *Mutuum* und andern Real-Contracten die Abrede, *ut minus reddatur*, das Object der Rückforderung *ipso iure* herabsetze, *L.* 11. §. 1. *De R. C.*; denn diese Abrede ist nicht *Pactum adiectum*, sondern wesentlicher Bestandtheil des Haupt-Contractes, zu welchem neben dem *Dare* auch der Vertragswille über die Rückgabe gehört, *L.* 3. §. 1. *De O. et A.*, *L.* 17. *pr. De pactis.*

Schliesslich kommen nicht selten bei *bonae fidei contractus* solche *Pacta adiecta* vor, welche auf eventuelle Aufhebung des Hauptvertrages in seinen wesentlichen ökonomischen Folgen gerichtet sind, wie z. B. die *In diem addictio* (s. §. 143.), die *Lex commissoria* (s. §. 144.) u. dgl. Da walteten denn in der ältern Zeit Bedenken, die Contractklage zu diesem Zwecke zu gewähren, indem Manche eine Art von Widerspruch darin fanden, dass jemand die Contractklage, deren Anstellung doch die *Rechtsbeständigkeit* des Contractes voraus zu setzen schien, gerade zur *Vernichtung* desselben

gebrauchen sollte: und man zog, von dieser Ansicht ausgehend vor, zu gedachtem Zwecke die *Actio praescriptis verbis* anzuweisen. So namentlich *Proculus* und wohl auch seine Schule, *L.* 12. *De praescrip. uer.* Wogegen schon *Sabinus* und demnächst seine Anhänger die Contractklage auch zu diesem Zwecke unbedenklich gewährten, *L.* 6. *De rescind. uend.*, indem sie den scheinbaren Widerspruch in der von *Pomponius* in *L.* 6. §. 1. *De C. E.* angegebenen Weise ganz befriedigend zu lösen wussten. Und *Ulpian* in *L.* 4. *pr. De lege comm.* berichtet, dass Rescripte der Kaiser *Antoninus* und *D. Seuerus* die Controverse in letzterm Sinne entschieden hätten. Ein solches Rescript ist auch in *L.* 2. *C. De pact. int. emp.* (IV, 54. *Imp. Alexander Charisio*) enthalten; doch wird darin neben der ordentlichen Contractklage auch die *Actio praescriptis uerbis* zugelassen, wie auch von *Paullus* in *d. L.* 6. *De rescind. uend.*, so dass diese Auswahl in der spätern classischen Zeit unzweifelhaft geltendes Recht geworden war.

---

§. 143. Compromissum.

Tit. Dig. De receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant (IV, 8.) *Tit. Cod. De receptis arbitris* (II, 56.)

Die Parteien in einem Rechtsstreite können sich mit Umgehung des Magistrates über einen oder mehrere selbstgewählte Schiedrichter einigen. Der Schiedrichter heisst *Arbiter*, und zwar zum Unterschied von demjenigen, welchen der *Praetor* gibt, *Arbiter ex compromisso*, ungewiss ob auch *Arbiter receptus* (s. *Rubr. Tit. Cod. cit.*), so wie auch der von den Neuern gebrauchte Name für das gesammte Rechtsgeschäft, *Receptum arbitrii* (s. *Rubr. Tit. Dig. cit.*), nicht fest steht. (Vergl. über die Kritik beider *Rubr.*: *Schilling*, Inst. §. 340. Not. *b*, *c*.)

Zu obigem Zwecke ist eine doppelte Uebereinkunft erforderlich:

A) zwischen *den Parteien*: den Streit der Entscheidung des *Arbiter* in dem Sinne zu unterwerfen, dass wer derselben hinderlich oder ungehorsam wäre, dem Gegner eine gewisse Strafe zu gewähren habe. Dieser Vertrag heisst eigentlich *Compromissum*, indem er gewöhnlich durch gegenseitige Stipulation geschlossen wird, wie er denn für seine Klagbarkeit überhaupt den allgemeinen Regeln unterliegt.

B) zwischen den Parteien einerseits und dem *Arbiter* anderseits, betreffend die Uebernahme des *Arbitrium* (*Arbitrium recipere;* die Neuern: *Receptum arbitrii*); welcher Vertrag zu seiner vollen Wirksamkeit keiner Form bedarf. *L.* 13. §. 2. *h. t.*

Der Entscheid des *Arbiter* macht nicht *Res iudicata;* keiner der Litiganten ist daran weiter gebunden als der Compromiss-Vertrag mit sich bringt, d. h. als so, dass er im Falle seiner Nichtbefolgung der *Sententia arbitri* zu Gunsten des Gegners in die bedungene Strafe verfällt, *Paull.* V, 5*a.*, 1. *L.* 2. *ff. L.* 1. *C. h. t.* — Um daher der künftigen *Sententia*, welche doch, dem ganzen Sinne des Compromisses nach, dem Streit ein Ende zu machen bestimmt ist, *L.* 1. *L.* 3. §. 1. *h. t.*, ihre Wirksamkeit zu sichern, pflegte man die Strafe auf den vollen Betrag des Streitobjectes zu stellen, *L.* 4. §. 3. *De dol. exc.;* was indess nicht nothwendig war, *L.* 32. *pr. h. t.*

Dem *Arbiter* steht keinerlei Gerichtszwang zu. Um daher dem Verfahren vor demselben seinen Fortgang und die Erreichung seines Zieles, der *Sententia*, zu sichern, wurde Compromiss und Strafe auf das gehörige processualische Benehmen und auf den erforderlichen Gehorsam gegen die Anordnungen des *Arbiter* (*operam praebere*) neben dem *Arbitri sententiae stare*, mit bezogen, *L.* 39. *pr. L.* 49. §. 1. *L.* 21. §§. 8. 10. 11. *h. t.*, wie denn in den Compromiss ausserdem auch die allgemeine *Doli clausula* aufgenommen zu werden pflegte, *L.* 31. *h. t.*

Haben sich die Litiganten durch den Compromiss, insbesondere auch mit Strafe, gegenseitig genügend gebunden, so wird — und nur dann — der *Arbiter*, welcher sein Amt übernommen, zur Erfüllung desselben auf Verlangen durch den *Praetor* unmittelbar angehalten, nicht durch *Actio*, sondern *extra ordinem* durch *Multae dictio*, *pignorum capio*.

u. dgl., mittelst des *Imperium*, nicht der *Iurisdictio*, *L.* 3. §§. 1—3. *L.* 11. §. 1. *L.* 15. *L.* 32. §. 12. *h. t.*; vgl. §. 3. *I. De satisdat. tut.*; *L.* 1. §. 3. *De inspic. uen.* *L.* 9. §. 6. *ad leg. Iul. pec.*; so dass man jene Uebernahme nicht (mit *Schilling*) als ein ordentliches *Pactum praetorium* betrachten darf.

Im Einzelnen ist nunmehr noch folgendes zu beachten:

1°. Die Bedingungen der Fähigkeit zum *öffentlichen* Richteramt (s. *Keller*, Röm. Civilprocess §. 11.) gelten im Ganzen auch für die Uebernahme des *Arbitrium*; nur dass hier die *Minores* 20 *annis* unbedingt ausgeschlossen, die Infamen dagegen zugelassen werden, *L.* 7. *pr.* §. 1. *L.* 9. *pr.* §§. 1. 3. *L.* 41., auch *L.* 5. *L.* 6. *L.* 51. *h. t.* (über das weibliche Geschlecht vgl. *L.* 6. *C. h. t.* mit *L.* 2. *pr. De R. I.* *L.* 12. §. 2. *De Iudiciis.*) Wer über eine Sache zum *Iudex* ernannt ist, darf nach ausdrücklicher Vorschrift der *Lex Iulia* das *Arbitrium* nicht annehmen, *L.* 9. §. 2. *h. t.*, wogegen die Eigenschaft eines Magistrates an und für sich der Uebernahme des *Arbitrium* nicht entgegen steht, obgleich daraus Schwierigkeiten für den Zwang gegen einen solchen *Arbiter* hervorgehen können, *L.* 3. §. 3. *L.* 4. *h. t.*

2°. Ueber *famosa delicta*, *crimina publica*, *actiones populares* und *liberales caussae* ist Compromiss unstatthaft, *L.* 32. §§. 6. 7. *h. t.* (über *In integrum restitutio* vgl. *L.* 3. *C. Ubi et apud quem.*)

3°. Der *Arbiter* kann von dem rechtsverbindlich übernommenen Amte durch den *Praetor* zeitweise dispensirt oder ganz entbunden werden, wegen ausserordentlicher Gründe, welche in seiner Person oder in seinem Verhältniss zu den Parteien oder zur Sache liegen; *L.* 9. §§. 4. 5. *L.* 10. *L.* 11. *pr.* *L.* 13. §. 4. *L.* 15. *L.* 16. *L.* 17. *pr.* §. 1. *L.* 32. §§. 4. 5. *h. t.*

4°. Ueber den Fall einer Mehrzahl von *Arbitri*, über ihr Verhältniss zu einander, ihre gemeinsamen und individuellen Befugnisse, Abstimmung, Wahl und Zuziehung eines Obmanns (*Superarbiter*) oder Drittmanns und deren Stellung s. *L.* 17. §§. 2. 4—7. *L.* 18. *L.* 27. §. 3. *L.* 32. §. 13. *L.* 7. §. 1. *L.* 8. *h. t.*

5°. Dass in dem Compromiss eine bestimmte Geldsumme versprochen sei, wurde, ungeachtet des Ausdrucks *pecunia compromissa* im Edict *L.* 3. §. 2. *h. t.*, nicht gefordert; vielmehr

genügt auch die Stipulation irgend eines andern Vermögensstückes, und zwar eines von beiden Seiten gleichen oder ungleichen, auch einer *unbestimmten* Summe Geldes *(Quanti ea res erit)*, so wie selbst, wenn ohne alles weitere die Stipulation blos auf *sententiae stari* gerichtet war, zuletzt doch die *Incerta actio ex stipulatu* (auf *Quicquid dari fieri oportet)* zugelassen wurde. Auch war Stipulation nicht unumgänglich nothwendig, wenn nur auf anderm Wege eine feste Strafbestimmung zu Stande kam, z. B. durch *Depositum*, *Pactum de non petendo* für unstreitige Hin- und Herforderungen, u. dgl., *L.* 11. §§. 2. 3. *L.* 27. §. 7. *L.* 28. *L.* 32. *pr. h. t.* Aber an die Strafe gebunden müssen Beide werden, nicht blos Einer; und keiner unter einer dem Process fremden oder auf Zufall gestellten Bedingung, *L.* 11. §§. 4. 5. *L.* 13. *pr.* §. 1. *L.* 32. §. 3. *h. t.*

6°. Die Strafe des Compromisses verfällt, sobald die zur Bedingung gestellte Fehlbarkeit, hinsichtlich des *Sententiae stare* oder *Operam praebere* in der Person des einen oder andern Litiganten sich bethätigt hat, *L.* 27. §§. 4. 6. *L.* 30. *L.* 32. §. 20. *L.* 33. *L.* 38. *L.* 42. *L.* 44. *L.* 52. *h. t.* Dabei wird immer vorausgesetzt, dass der *Arbiter* in seinen Verfügungen und Aussprüchen die Schranken des Compromisses, so wie der Sitte und Ordnung im Allgemeinen, beobachtet habe, *L.* 7. §. 1. *L.* 21. §§. 3. 4. 7. 8. 10. 11. *L.* 25. *pr.* §. 1. *L.* 27. §. 2. (vgl. *L.* 76. *Pro socio.*) *L.* 32. §§. 15—17. 21. *L.* 47. *pr. L.* 50. *h. t. L.* 1. *C. eod.* Auch steht für weniger wesentliche Fehlbarkeit einer Partei vorerst dem *Arbiter* die Auflegung einer Geldstrafe zu Gunsten des Gegners zu, *L.* 39. *pr. h. t.*—Gleichgültig ist es, in welcher Art das *Sententiae non stare* zu Tage trete, *L.* 23. §. 2. *h. t.*; ob durch Unterlassung einer von dem *Arbiter* auferlegten Leistung, *L.* 21. §. 12. *L.* 27. §. 1. *L.* 39. *pr. L.* 42. *L.* 51. *L.* 52. *h. t.*, oder durch Auflehnung gegen ein Endergebniss, welches seiner Form nach mehr einer *Pronunciatio* als einer Condemnation oder Absolution des gerichtlichen Verfahrens parallel geht, *L.* 44. *h. t.*, oder endlich durch neue Erhebung einer vom *Arbiter* in absolvirendem oder condemnirendem Sinne beseitigten Klage, *L.* 21. §. 1. *L.* 29. *L.* 37. *L.* 43. *L.* 51. *h. t.*; so dass also die *Poena compromissi* gleichmässig als Surrogat der *Actio in-*

dicati und der *Exceptio rei iudicatae*, und zwar der letztern nicht allein in ihrer *positiven*, sondern auch in ihrer *negativen* Function, erscheint; wie denn gerade die in Fällen der letztgedachten Art übliche Klausel des *Vetare ne quid amplius peteretur*, L. 21. §. 1. L. 29. L. 34. pr. L. 37. L. 51. h. t. L. 4. §. 3. *De dol. exc.*, dazu bestimmt war, auch die consumirende Wirkung des *Iudicium*, durch Vermittelung der *Poena*, auf das *Arbitrium* analog zu übertragen, indem in Folge dieser Klausel das Consumtions-Princip nicht ohne Ungehorsam gegen die *Sententia arbitri* verletzt werden konnte.

7°. Bei der Redaction des *Compromissum* mit seiner *Poena* und deren Bedingungen war es unmöglich, alle Eventualitäten des künftigen Verlaufs der Sache vorauszusehen, und es hätte daher bei blosser wörtlicher Auslegung und Anwendung des Compromisses leicht dahin kommen können, dass die Strafe unter Umständen verfiele, wo sie als Ungerechtigkeit erschiene, oder dass sonst erhebliche, aber nicht vorgesehene Thatsachen ohne den gebührenden rechtlichen Erfolg bleiben müssten. Um diesem Uebelstand zum voraus zu begegnen, pflegte man schon in den Compromiss die allgemeine *Clausula doli* aufzunehmen, gleichsam als Correctiv und Regulator von Seite der *Aequitas*, und man hatte sich daran in der classischen Zeit schon so sehr gewöhnt, dass *Ulpian* in L. 31. h. t. nur das *Compromissum* ein *vollständiges (plenum)* nennt, welches die *Doli clausula* enthalte, wie er denn für den ausserordentlichen Fall des Mangels an derselben aus bezüglichen Gründen auf die *Actio* und *Exceptio doli* verweist. Ueber diese *Doli clausula* und den durch sie in das ganze Institut gebrachten Factor der *Bona fides* und *Aequitas*, vgl. in den einzelnen Anwendungen L. 21. §§. 9. 11. L. 23. pr. §§. 1. 2. L. 24. L. 27. §. 1. L. 32. §. 14. L. 36. L. 40. L. 43. h. t. cf. L. 4. §. 3. De dol. exc.

8°. Der Compromiss erlischt vor der natürlichen Beendigung der Sache aus folgenden Gründen:

a) Durch Tod, Unfähigkeit, Entlassung des *Arbiter* sowohl (L. 40. L. 41. L. 45. L. 15. L. 16. L. 32. §. 3. h. t.), als durch ähnliche Ereignisse, welche die Person einer Partei betreffen, als da sind: Tod, wenn der Vertrag nicht ausdrücklich auf die Erben mit gestellt ist, L. 27. §. 1. L. 49.

§. 2. *L.* 32. §§. 3. 10. *L.* 47. *pr. h. t.*, Wahnsinn, *L.* 47. §. 1. *L.* 48. *L.* 49. *pr. h. t.*, *Cessio bonorum* und Concurs überhaupt. *L.* 17. *pr. h. t.*, Uebernahme einer Gesandtschaft, *L.* 32. §. 9. *h. t.*, vgl. *L.* 2. §§. 3. 4. *De Iudiciis*, u. dgl.

b) Durch Vergleich über die Streitsache, *L.* 32. §. 5. *h. t.*, Aufgeben des Compromisses durch Vertrag, *L.* 9. §. 5. *L.* 10. *L.* 11. *pr. L.* 32. §. 3. *h. t.*, Erlass der *Poena*, *L.* 13. *pr. L.* 32. §. 3. *h. t.* oder Verfall derselben, wenn der Compromiss nicht wiederholten Verfall bedingt, *L.* 32. §. 1. *L.* 34. §. 1. *L.* 21. §. 9. *h. t.*, wohin auch die Angehung des ordentlichen Richters als Ursache des Verfalls gehört, *L.* 30. *L.* 32. §. 3. *h. t.*

c) Durch Ablauf der festgesetzten Zeit, falls dieselbe nicht erstreckt wird, *L.* 32. §. 3. *L.* 21. §§. 5. 8. *h. t.* und durch Wechsel des Streitobjectes, *L.* 32. §. 5. *h. t.*

9°. Ungültig von Anfang an ist der Compromiss noch ausser den schon erwähnten Gründen auch dann, wenn die Freiheit des Entscheides auf eine unwürdige Weise dem *Arbiter* entzogen ist, *L.* 17. §. 3. *L.* 19. *pr. h. t.*, wenn bei zwei *Arbitri* kein sicherer Weg, einen Obmann oder Drittmann zu finden, bezeichnet ist, *L.* 17. §. 5. *h. t.* und wenn ein Sclave compromittirt hat, *L.* 32. §. 8. *h. t.*

10°. *Justinian* verordnete durch *L.* 5. *pr. C. h. t. A.* 530., dass, wenn der Spruch des *Arbiter*, gleich viel in welcher Form der Compromiss eingegangen sei, von den Parteien, nachdem er zu ihrer Kenntniss gekommen, unterschriftlich anerkannt worden, oder wenn von jenem Zeitpunkte an zehn Tage ohne Widerspruch dagegen vorüber gegangen wären, der Spruch als beiderseits anerkannt gelten und die Kraft von *Res indicata* mittelst *Actio in factum* und *Exceptio* ausüben sollte; wobei geschichtlich eine ältere Rechtsansicht erwähnt wird, welche zwar nicht die geltende des spätern classischen Rechts war, von welcher sich aber doch auch in dem Pandekten-Titel deutliche Spuren finden, s. *L.* 2. *L.* 13. §. 1. *h. t.*, nämlich dass aus der *Sententia arbitri* wohl eine *Exceptio* (*veluti pacti*) für den siegenden Beklagten, aber keine Klage für den siegenden Kläger, entstände.

Erst durch jene Bestimmung Justinian's ist nun dem Compromiss eine gewisse directe und selbständige Kraft zugetheilt worden, welche einen Grund abgeben kann, ihn hin-

sichtlich der Geltung des Spruchs (nicht hinsichtlich der Strafe) als *Pactum legitimum* zu betrachten.

Vorher schon hatte *Justinian* durch *L.* 4. *C. h. t.* (*A.* 529) verordnet, dass der Spruch des Schiedrichters geradezu bindend sein sollte, wenn die Parteien sich zu dessen Befolgung zum voraus eidlich verpflichtet, oder wenn jener auf ihr Verlangen gewissenhafte Entscheidung eidlich angelobt hätte (vergl. auch *L.* 14. *C. De Iudiciis*). Allein durch *N.* 82. *c.* 11. untersagte nachher Justinian den Gebrauch des Eides für dergleichen Verpflichtungen.

Uebrigens schrieb *Justinian* durch §. 1. *d. Ls.* 5. auch noch vor, dass die Erhebung der Klage vor einem Schiedrichter in derselben Weise wie diejenige vor dem ordentlichen Richter die Verjährung unterbrechen sollte, indem er im Hinblick auf die ältere Rechtstheorie einleitungsweise äussert: *Licet non ignoremus Iulii Paulli opinionem et aliorum certorum prudentium, qui tetigerunt quidem huiusmodi quaestionem ...., non autem peritissime peregerunt, sed usque ad quasdam actiones temporales standum esse existimauerunt, rel.*

Zum Schlusse mag folgendes fingirte Beispiel eines Compromisses, mit einer gewissen Fülle von Möglichkeiten versehen, zur Veranschaulichung des gesammten Rechtsgeschäftes dienen:

Quod Aulus Agerius cum Numerio Negidio societatem pecoris emendi vendendique habuit, quae variis nominibus controversiae inter eos caussam praebuit, ea de re inter Aulum Agerium et Numerium Negidium convenit, ut quicquid alterum alteri propter eam rem ac societatem dare facere praestare repromittere oporteret, quod eorum inter eos controversum esset, id omne communium amicorum M. Aquinii, C. F., P. Tettii, L. F., et Q. Titinii, Cn. F., arbitrio permitterent, atque eos, ut arbitrium hocce recipere vellent, adirent rogarentque. Itaque intra diem Kalendarum Martiarum, quae proximae erunt, ut utroque praesente sive heredibus eorum sive ad quem ea res pertinebit, coram suprascriptis arbitris de omnibus illis rebus controversiisque, ubi arbitris placuerit, duntaxat in urbe Roma continentibusve aedificiis, intra privatos parietes disceptaretur, atque ab arbitris, quod de maioris partis sen-

TENTIA PLACUERIT, DE OMNIBUS ILLIS CONTROVERSIIS EADEM DIE PALAM PRONUNCIARETUR, TUM UT ETIAM DIEM ARBITRIS SEMEL ADEOQUE ITERUM, DUMMODO NE ULTRA KALENDAS DECEMBRES, QUAE PROXIMAE ERUNT, DIFFERRE IUS ESSET, COMPROMISERUNT. QUOD SI ALTERUTER LITIGATORUM DEFUERIT SIVE PER EUM FACTUM FUERIT, QUOMINUS ARBITRARETUR PALAMQUE SENTENTIA DICERETUR, SIVE ALTERUTER, QUO CORAM ARBITRIS UTI OPORTET DISCEPTARI ATQUE AB ARBITRIS EX HOC COMPROMISSO SENTENTIA FERRI POSSET, OPERAM NON PRAEBUERIT, SIVE ARBITRORUM SENTENTIAE NON STETERIT NEQUE EX EA ALTERI SATISFECERIT, AUT SI CONTRA QUAM ARBITRORUM SENTENTIA VETITUS ESSET AMPLIUS AB ALTERO PETIERIT, VEL SI QUID DOLO MALO AB ALTERUTRO IN EA RE FACTUM FUERIT: HS. X. MILIA AULUS AGERIUS DE NUMERIO NEGIDIO STIPULATUS EST, SPOPONDITQUE NUMERIUS NEGIDIUS, ATQUE INVICEM NUMERIUS NEGIDIUS DE AULO AGERIO STIPULATUS EST SPOPONDITQUE AULUS AGERIUS.

---

§. 151. Schenkung. Neueres Recht.

Nach der classischen Zeit und nach dem Absterben der römischen Geschäftsformen tritt uns, zumal seit dem Anfange des IV. Jahrhunderts, immer mehr eine neue Form entgegen, die sogenannte *gerichtliche Insinuation* (*Actis, gestis inserere, insinuare,* schon am Ende der classischen Zeit *Professio apud acta facta, procurator apud acta constitutus* u. dgl., *Vat. Fragm.* 266a. 268. 317. *Paull.* I, 3, 1.), darin bestehend, dass die fragliche Willenserklärung vor der Behörde kundgegeben, und in das Protocoll derselben aufgenommen wurde, wobei den Betheiligten beglaubigte Abschriften des Eintrags zu Gebote standen. Die Behörden, vor welchen dies geschehen konnte, waren die *städtischen Curien* (nach *L.* 151. *C. Th. De Decurion.* XII, 1., *Honorius*, genügte dazu die Mitwirkung eines Magistrates, dreier *Curiales* und des *Exceptor*) oder die *Kanzlei (officium) eines Provincial-Statthalters* (*L.* 19. *C. De testamentis*, IV, 23., *Acta cuiuscunque iudicis*).

Die gedachte Form wurde bei den verschiedensten Rechtsgeschäften, wie Kauf, Tausch, Tradition, Zahlung mit Quittierung u. a. m., willkürlich zu mehrerer Feierlichkeit und zum Behuf bessern Beweises gebraucht; dann aber wurde derselben bei dem einen und andern Geschäfte eine bestimmte Bedeutung beigelegt oder sogar die Gültigkeit desselben daran gebunden. So bei *Testamenten* (Abfassung und Eröffnung), bei *Vollmachten*, insbesondere aber bei *Schenkungen*, welche zunächst allein in Betrachtung kommen.

Zuerst schrieb *Constantius Chlorus*, Vater von *Constantin* (*A*. 305—306.) die Form der *Insinuation* für alle Schenkungen vor, *L*. 1. *C. Th. De sponsal.* (III, 5. *Constantin A*. 319. *Pater noster nullam uoluit liberalitatem ualere, si actis inserta non esset)*, und diese Vorschrift wurde von *Constantin A*. 316. (über diese Jahreszahl s. *v. Savigny Syst.* IV, §. 165. *h*.) bestätigt, *Vat. Fragm.* 249. *L*. 1. *C. Th. De Donatt.* (VIII, 12.) *L*. 25. *C. eod.* (VIII, 54.) Dabei wurde noch empfohlen eine schriftliche Urkunde über die Schenkung und überdies Tradition, beides vor Zeugen, auch hinsichtlich der Insinuation durch *L*. 3. *C. Th. De donatt.* (ebenfalls von *A*. 316.) des Nähern bestimmt, dass dieselbe stets in der Provinz, wo der Schenker wohnt und seine Besitzungen hat, geschehen müsse, welche letztere Bestimmung später wieder wegfiel, *L*. 8. *C. Th. h. t.* (von *A*. 415.), *L*. 27. *L*. 30. *L*. 32. *C. h. t.*

A. 428. wurde durch eine Verordnung von *Theodos* und *Valentinian* die schriftliche Abfassung ausdrücklich als gleichgültig erklärt, *L*. 29. *C. h. t.*

Nach dem *Codex Theodosianus*, in welchen das gedachte Edict *Constantin's* von *A*. 316. in kurzem Auszug aufgenommen wurde *(d. L*. 1. *C. Th. De Donatt.)*, sollte ausser der Insinuation nur noch die Tradition erforderlich sein, widrigenfalls die alte relative Ungültigkeit nach dem Rechte der *Lex Cincia* einträte.

A. 478. verordnete *Zeno*, dass die Zeugen bei der Tradition durch die Insinuation entbehrlich würden, *L*. 31. *C. De Donatt.*

Justinian nahm nun die letzterwähnten drei Verordnungen, *dd. L*. 25. *L*. 29. *L*. 31., in seinen *Codex* auf, doch so,

dass dabei das Erforderniss der *Tradition* weggestrichen wurde.

Und hienach erscheint nun die Insinuation als die einzige Form der Schenkung, wie dies in §. 2. *I. h. t.* kurzweg anerkannt ist.

Die *Insinuation* blieb aber nicht *allgemeines* Formal-Requisit für *alle* Schenkungen.

Bei der ersten Einführung (*A.* 305 — 306.) blieben die *Exceptae personae* der *Lex Cincia* davon ausgenommen. *Constantin* hob durch *d. L.* 1. *C. Th. De Sponsal.* (von *A.* 319.) diese Ausnahmen auf (*Nos etiam inter sponsos ac sponsas omnesque personas eam solam donationem . . . ualere sancimus, quam testificatio actorum secuta est.*)

Durch *L.* 8. *C. Th. De Sponsal.* von *A.* 428. (*Theodos* und *Valentinian*) wurde die *Donatio ante nuptias* ausgenommen, falls sie unter 200 *Solidi* betrüge. Vergl. *L. Rom. Burgund. Tit.* 22.

Justinian aber befreite *A.* 529. durch *L.* 34. *pr. C. h. t.* von der Form der Insinuation *alle Schenkungen bis auf* 300 *Solidi*, und erhöhte *A.* 531. durch *L.* 36. §. 3. *C. h. t.* diese Summe auf 500 *Solidi.* Und dies ist geltendes Recht geblieben.

Alle Schenkungen unter 500 *Solidi* sollten nun aber sogar durch formlosen Vertrag gültig und klagbar errichtet werden können, *L.* 35. § 5. *C. h. t.* §. 2. *I. eod.* — Und dieser Punkt ist gerade derjenige, auf welchem die Schenkung zu einem *Pactum legitimum* und als solches fähig wird eine vollgültige Obligation zu begründen. Von allen andern Seiten wäre diese Qualification und die dadurch bestimmte Classification der Schenkung ganz ungegründet.

Wo übrigens nach diesem neuern Rechte die *Insinuation* erforderlich ist, da wird die Schenkung in Ermangelung derselben (abweichend von dem Rechte der *Lex Cincia*) als rein nichtig behandelt, jedoch immer nur für den Ueberschuss über den Betrag von 500 *Solidi.* Auch durch den Tod des Schenkers findet, mit einziger Ausnahme der *Donatio inter uirum et uxorem*, keine Convalescenz Statt, *L.* 34. *pr.* §§. 2—4. *L.* 35. §. 3. a. E. *h. t.* *L.* 25. *C. De don. int. V. et V.* (V, 16.) *N.* 162. *c.* 1. §. 2.

Ganz ausgenommen von dem Erforderniss der *Insinuation* sind:

a) Schenkungen des Kaisers oder an denselben, *L.* 34. *pr. h. t. N.* 52. *c.* 2., ebenso, wenn sie bewegliche Sachen betreffen, des *Magister militum* (commandirenden Generals) an seine Soldaten, *L.* 36. §. 1. *C. h. t.* (Ueber die Schenkungen der Mönche an ihre Klöster, nach der *restituirten L.* 39. *C. De episc. et cler.*, s. *Schilling* Inst. §. 360 No. *u.*)

b) Schenkungen zum Loskauf von Kriegsgefangenen (*caussa piissima*) *L.* 34. *pr. L.* 36. *pr. C. h. t.*, zum Wiederaufbau zerstörter Gebäude, §. 2. *ibid.*, an eine Ehefrau durch Bestellung einer *Dos, L.* 31. *pr. C. De iure dot.* (V, 12.) vergl. *N.* 119. *c.* 1. *N.* 127. *c.* 2. (die *Donatio propter nuptias* betreffend.)

c) Schenkung für die Rettung aus Lebensgefahr, was schon nach classischem Recht eher als schuldiger Lohn denn als Schenkung behandelt werden soll, *L.* 34. §. 1. *De donatt.* (vgl. *Basil.* XLVII, 1, 33.) *Paull. R.S.* V, 11, 6.

II. Schenkungen des *Patrons* an seinen *Freigelassenen* galten von Alters her als wiederruflich bis zum Tode, *Vat. Fragm.* 273. 313. Wie dies mit dem gedachten Personal-Verhältniss im Ganzen zusammen hängt, wird sich später, in §. 254 ergeben.

Später nur noch wegen *nachgeborner Kinder* und wegen *Undankbarkeit, L.* 3. *C. Th. De reuoc. don.* (VIII, 13.) *L.* 1. *L.* 8. *C. eod.* (VIII, 56.)

Der *zweite* dieser Gründe wurde auch für Schenkungen von *Eltern* an *Kinder* zugelassen, *L.* 31. §. 1. *De donatt., Vat. Fragm.,* 254. 248., *L.* 7. *C. h. t.* (= *L.* 1. *C. Th. eod.*) *L.* 9. *C.* (= *L.* 6. *C. Th.*) *L.* 2. *L.* 4. *C. Th. eod.* — (Mit *dd. LL.* 9. 6. ist hinsichtlich der darin erwähnten *gesetzlichen Gründe L. un. C. Th.* und *Iust. De ingrat. lib.* VIII, 14. VIII, 50. zu vergleichen.)

Nicht für andere Personen, *Vat. Fragm.* 275.

Diesen Grund der Undankbarkeit machte nun aber Justinian allgemein für *alle* Schenkungen, *L.* 10. *C. h. t.*, aber unter ausschliesslicher Aufstellung von fünf bestimmten Arten von Handlungen, durch welche die Undankbarkeit in dieser Hinsicht bedingt sein soll; als da sind: 1) grobe wörtliche Be-

leidigungen, 2) Thätlichkeiten, 3) arglistige Zuziehung bedeutenden Vermögensverlustes, 4) Verursachung von Lebensgefahr, 5) Verweigerung den *Modus* der Schenkung zu erfüllen. — Vgl. auch §. 2. *I. De Donatt.*

Solcher Wiederruf steht aber dem Schenker blos persönlich, nicht auch seinem Erben, zu, so wie auch nur gegen den Beschenkten und nicht gegen dessen Erben. *Vat. Fragm.* 272. a. E. 313. *L.* 1. §. 1. *C. Th.* *L.* 1. *in fi.* *L.* 7. *d. L.* 10. *C. h. t.*, und zu letzterer Stelle *Basil.* XLVII, 2, 10. mit den Scholien von *Theodorus* und *Isidorus*.

Der oben angeführte erste Grund des Wiederrufs, wegen nachgeborner Kinder, wurde durch *L.* 5. *C. De inoff. don.* (III, 29. *Dioclet. et Maxim.*) unter gewissen Voraussetzungen auf das Verhältniss zwischen Eltern und Kindern ausgedehnt, dabei aber mit der Idee der *Inofficiosität* in Verbindung gebracht.

---

§. 159. Furtum.

Adde: Paull. R. S. II, 31. *Coll. LL. Mos. et Rom.* 7. *Gell.* XI, 18. *Titt. ff. et Cod. De furtis.* (XLVII, 2. und VI, 2.) *De condictione furtiua* (XIII, 1. und IV, 8.).

Furtum ist jede wissentlich unrechtmässige körperliche Anmassung einer beweglichen Sache in der Absicht von Gewinn, d. h. *Contrectatio fraudulosa lucri faciendi gratia.*

Besitz des Bestolenen, *Wegbringen aus dessen Gewahrsam, Heimlichkeit,* sind nicht Merkmale des *römischen* Begriffes von *Furtum*: nicht ein Mal absolut, dass die Sache für den Dieb eine *fremde* sei; denn es kann die Anmassung, welche zum *Furtum* sich eignet, nicht blos auf die Sache im Ganzen gerichtet sein, sondern auch auf den *Gebrauch allein* oder auf den *Besitz allein*: das gibt die drei Artbegriffe: *Furtum rei, usus, possessionis.*

So heisst es in §. 1. *I. h. t.: Furtum est contrectatio fraudulosa lucri faciendi gratia uel ipsius rei uel etiam usus eius possessionisue, quod lege naturali prohibitum est*

admittere; und ganz dieselbe Definition findet sich in *L.* 1. §. 3. *h. t.* aus *Paulli Lib.* 39. *ad Edictum.* — Aus *Sabini Lib. Iuris ciuilis* II. führt *Gellius* XI, 18. an: *Qui alienam rem attrectauit, quum id se inuito domino facere iudicare deberet, furti tenetur. Item alio capite: Qui alienum iacens lucri faciendi caussa sustulit, furti obstringitur, siue scit cuius sit, siue nescit.*

Was nun die einzelnen Merkmale betrifft, so wird vorerst durch dasjenige der *Contrectatio* der blosse Vorsatz der Aneignung, selbst wenn seine Ausführung durch einzelne widerrechtliche Handlungen vorbereitet wäre, von dem Begriffe des *Furtum* ausgeschlossen, wie z. B. die blosse Abläugnung eines *Depositum* ohne weitern körperlichen Verkehr mit der Sache dazu noch nicht genügen soll. *L.* 1. §§. 1. 2. *L.* 52. §. 19. *L.* 67. *pr. h. t. L.* 3. § 18. *De A. u. A. Po.* (*quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittatur.*) Und wenn *Gellius l. l.* g. E. dem entgegen erinnert, *furtum sine ulla quoque attrectatione fieri posse, sola mente atque animo, ut furtum fiat, annitente,* und diese Behauptung damit belegen will, dass nach *Sabinus* der *Dominus furti sit condemnandus, qui seruo suo, uti furtum faceret, imperauit;* so würde *Ulpian* im Sinne der *L.* 52. §. 19. *cit.* dagegen einwenden, auch in diesem Falle komme kein *Furtum* ohne *Contrectatio* zu Stande, und der Befehl des Herrn habe nur die Folge, dass die *Contrectatio* des Sclaven und das dadurch begangene *Furtum* nicht blos diesem, sondern auch jenem zugerechnet werde (*opem ferre uel consilium dare tunc nocet, cum secuta contrectatio est*); gleich wie sich auch das andere Belege, auf welches *Gellius* hinweis't (*qui obtentu togae* u. s. w.) nachher als unhaltbar erweisen wird.

Die Contrectation muss aber auch eine *objectiv unrechtmässige* sein, und es ist daher, selbst wenn selbige in diebischer Absicht geschehen wäre, nicht *Furtum,* sobald etwa z. B. der Wille des Eigenthümers für die Wegnahme vorhanden oder die Sache *Res nullius* oder sonst der Art war, dass kein *Furtum* daran begangen werden konnte, wie die *Res hereditaria,* ehe sie in den Besitz des Erben gelangt ist. *Gai.* III, 198. §. 8. *I. L.* 43. §. 5. *L.* 46. §. 8. *L.* 91. *pr. h. t.*

L. fi. Expil. hered. In *d.* §.8. wird *Pomponius* von *Ulpian,* in *d. L. fi. Neratius* von *Paullus* zurecht gewiesen; *in d. L.* 91. zeigt *Paullus* gegen *Labeo,* wie man aus dem *non prohibere* nicht unter allen Umständen auf die Einwilligung des Eigenthümers schliessen dürfe. Endlich *Gai. l. l.* erzählt einen Fall, in welchem der mit Diebstal Bedrohte, indem er obiges Requisit vergass, anstatt des Diebs sich selbst überlistete. Und das Unrecht muss zugleich *wissentlich* begangen sein, so dass der Begriff des *Furtum* cessirt, wenn z. B. bei der Contrectation der Irrthum waltete, die Sache sei *nullius* oder in der bezeichneten Art *hereditaria,* oder die Erlaubniss des Eigenthümers sei vorhanden, u. dgl., §§. 7. 18. *I. L.* 23. *L.* 43. §. 6. *L.* 46. §. 7. *L.* 76. *pr. L.* 83. *h.* t.

Ueber die *Absicht des Gewinns,* als Merkmal des *Furtum,* vergl. z. B. *L.* 39. *L.* 54. §. 1. *h. t.,* wonach z. B. einerseits derjenige nicht als *Fur* angesehen wird, *qui meretricem alienam ancillam rapuit uel celauit,* denn, sagt *Ulpian, caussa faciendi libido fuit, non furtum;* anderseits aber doch der Begriff des *Gewinns* in einem Umfange aufgefasst wird, dass auch die Absicht die Sache zu verschenken oder zu commodiren als auf Gewinn gerichtet gilt; *species enim lucri,* meint *Gaius, est, ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi acquirere.*

Ueber die Unterscheidung von *Furtum rei, usus, possessionis* vgl. *Gai.* III, 196. 197. 200., §§. 6. 10. *I., L.* 20. §. 1. *L.* 40. *L.* 53. §. 4. *L.* 54. *pr. h. t. Gell.* VII, 15. *Val. Max.* VIII, 2, 4., wo als *Furtum usus* besonders Fälle unrechtmässigen Gebrauchs durch Depositar, Faustpfandgläubiger, Commodatar angeführt werden, als *Furtum possessionis* aber die Aneignung des Besitzes durch den Eigenthümer gegenüber dem Faustpfandgläubiger oder *Bonae fidei possessor,* und dgl.

Was die möglichen Gegenstände des *Furtum* betrifft, so hatte noch *Sabinus* in seiner Schrift *De furtis* angenommen, dass auch an unbeweglichen Sachen ein Diebstal begangen werden könne, und er bezog sich dabei auf die Praxis, indem ein Pächter *furti* condemnirt worden war, welcher das Grundstück verkauft und den Käufer in Besitz gesetzt hatte. *Gell.* XI, 18. Doch stellt schon *Gaius* II, 51. jene Ansicht

als eine unhaltbare (*improbata*) dar, und zwar entschiedener (obgleich er noch rechter Sabinianer ist) als der viel spätere *Ulpian*, welcher in *L.* 25. *pr. h. t.*, zur Einleitung weiterer Controverse zwischen *Labeo* und *Celsus*, sich so ausdrückt: *Verum est, quod plerique probant, fundi* [*nomine*] *furti agi non posse.*

An freien Personen dagegen, welche *in potestate* oder *in manu* (oder *in mancipio*), oder auch in einem blos ökonomischen Abhängigkeitsverhältnisse stehen (*Iudicatus, Auctoratus* u. dgl., s. §. 252.), kann wie an Sclaven und Sachen ein *Furtum* begangen werden, welches die *Actio furti* (doch nicht die *Condictio*) zu begründen geeignet ist. *Gai.* III, 199. (wo das *Mancipium* wohl blos desswegen nicht erwähnt ist, weil es als dauerndes Familienverhältniss nicht mehr in Uebung war), *L.* 14. §. 3. *L.* 37. *L.* 38. *De furtis.*

Als ganz abnorme und sonderbare Fälle von *Furtum*, gemäss alterthümlicher Ansicht, werden folgende zwei überliefert: Erstlich: *Eum, qui mulionem dolo malo in ius uocasset, si interea mulae perissent, furti teneri Veteres responderunt*, *L.* 66. §. 2. *h. t.*; zweitens: *Id etiam, quod magis inopinabile est* (als das *furtum fundi uel aedium*) *Sabinus dicit furem esse hominis iudicatum, qui, quum fugitiuus praeter oculos forte domini iret, obtentu togae, tamquam se amiciens, ne uideretur a domino, obstitisset.* Gegen die Abnormität des erstern ist nichts einzuwenden, wogegen der letztere sich normal construirt, nach der Anschauung, dass der *Fugitiuus furtum sui facit*, *L.* 60. *h. t.* *L.* 1. *C. De seru. fug.* (VI, 1.), §. 1. *I. De usuc.*, und dass jener Andere sich dabei *ope consilio* betheiligt hat.

In Beziehung auf die rechtlichen Folgen des *Furtum* stellten schon die XII Tafeln die Eintheilung in *Furtum manifestum* und *nec manifestum* auf: *jenes*, wenn der Dieb bei dem Diebstal oder doch ehe er die Sache an ihren nächsten Bestimmungsort gebracht, ergriffen wird: doch war die genauere Bestimmung dieses Begriffes vielfach controvers, *Gai.* III, 184., §. 3. *I. h. t.* *LL.* 2 — 5. *eod.* Vgl. auch *Keller Sem. ad M. T. C.* III, *p.* 570. *f.*

Nach den XII Tafeln nun sollte der *Fur manifestus* vorerst bei Nacht unbedingt, bei Tage, wenn er sich mit einer

Waffe vertheidigt, getödtet werden dürfen, *Gell. l. l. Cic. p. Tull.* 50. *Macrob. Sat.* I, 4.; *L.* 4. §. 1. *Ad leg. Aquil.* Die Strafe aber bestand in Auspeitschung und Addiction an den Bestolenen, wobei es nur von Altersher bestritten war, ob diese Addiction für den Dieb wirkliche Sclaverei oder blos den Rechtszustand eines *Adiudicatus* zur Folge habe. *Gell. l. l. Gai.* III, 189. — *Sclaven* sollten ebenfalls gepeitscht und von dem Tarpeiischen Felsen gestürzt; unmündige Knaben aber nach dem Ermessen des Praetor gezüchtigt und der Schaden vergütet werden; *Gell. l. l.*, vgl. *Gai. l. l. (Lachmann.)*

Auf das *Furtum nec manifestum* war die Strafe des Doppelten gesetzt, *Gai.* III, 190. *Gell. l. l., Cato de R. R. in Praef.*; was nach der Solonischen Gesetzgebung die allgemeine Strafe des *Furtum* war, anstatt der Draconischen Todesstrafe, *Gell. l. l.*

Von jeher aber konnte der *Fur manifestus* mit dem Bestolenen sich abfinden *(pacisci)*, *L.* 7. §. 14. *L.* 17. §. 1. *L.* 6. *L.* 27. §. 4. *De pactis*; und das bereitete wohl den Uebergang zu der spätern Umwandlung der Strafe durch das prätorische Edict auf das Vierfache, *Gai.* III, 189. IV, 111. *Seru. ad Aen.* VIII, 205. *Isidor. Or.* V, 26., §. 5. *I. De obl. q. ex del.*, *Theoph. ad pr. I. De perp. et temp.*

Die erwähnten Ansprüche aus dem *Furtum* konnten von Alters her mit der *Actio furti* in ihrer zwiefachen Gestalt, *A. f. manifesti* und *nec manifesti*, geltend gemacht werden, und diese Klage war wohl ursprünglich bestimmt, dem Bestolenen seine Befriedigung im Ganzen und in jeder Beziehung zu verschaffen, worauf schon die Fassung der *Intentio* hindeutet, *Keller Sem. ad M. T. C.* III, *p.* 570. 580. Erst später fing man an, die *Actio furti* als eine reine Strafklage zu betrachten, und daneben für den Schadensersatz noch eine besondere Klage, die *Condictio furtiua*, aufzustellen, *Gai.* IV, 4. *L.* 7. §. 1. *De cond. fur.*

Die *Intentio* der *Actio furti* lautete unter Angabe der concreten Thatsache auf *pro fure damnum decidere oportere*, *Gai.* IV, 37. 45. *L.* 61. §§. 1—3. 5. *h. t. L.* 7. *pr. De cond. fur.* — Die Klage war von jeher *famosa;* auch waltete eine alte Controverse (von welcher schon *Trebatius* nichts mehr

wusste, bis ihn *Cicero, ad Fam.* VII, 22, davon unterrichtete) ob dieselbe activ auf den Erben übergehe *(possetne heres, quod furtum antea factum esset, furti recte agere)*: was *Sex. Aelius, M'. Manilius, M. Brutus* verneinten, *Scaevola* mit allen spätern Juristen dagegen bejahte. Vgl. auch *L.* 1. §. 1. *De pri. del.*

Die *Condictio furtiua* geht einzig gegen den Dieb und dessen Erben. §. *fi. I. De obl. q. ex del. L* 5. *L.* 7. §. 1. *L.* 9. *De cond. fur.* (auch nicht gegen den, welcher blos Rath und Hülfe zum Diebstal geleistet hat, *L.* 6. *eod. L.* 53. §. 2. *De V. S.*); *filiifamilias* und *serui nomine* gilt sie gegen Vater oder Herrn *de peculio,* aber nur *in quantum ad eum peruenit, L.* 3. §. 12. *De peculio.*

Neben der unmittelbaren Begehung des Diebstals gibt es nun aber noch mehrere andere Handlungen, durch welche man sich bei einem Diebstal betheiligen oder die schon vorhandene Betheiligung erschweren kann, in dem Sinne, dass desswegen eine der beiden ordentlichen *Actiones furti* oder gewisse Nebengestalten derselben zur Anwendung kommen.

1°. Mit der ordentlichen *Actio furti nec manifesti* kann derjenige belangt werden, mit dessen Rath und Hülfe *(cuius ope et consilio)* der Diebstal verübt wurde, *Gai.* III, 202., IV, 37. *Paull.* II, 31, 10. 33., §. 11. *I. h. t. L.* 34. *L.* 36. *L.* 50. §§. 1—4. *L.* 52. *pr.* §§. 13. 19. 21. *L.* 53. *pr. L.* 54. §. 4. *L.* 66. §. 4. *L.* 90. §. 1. *eod. Cic. de N. D.* III, 30. *(illa actio: Ope consilioque tuo furtum aio factum esse.) L.* 27. §. 21. *Ad leg. Aq. L.* 11. §. 2. *De seru. corr. L.* 4. §. 4. *De peculio. L.* 53. §. 2. *De V. S.* — Vgl. *Magno* bei *Putsch p.* 1567. *(O. C. = ope consilio.)*

2°. Wer dem Bestolenen den Besitz der Sache abläugnet, der kann, wenn nun die Sache doch bei ihm, durch Haussuchung oder sonst, gefunden wird, mit der *Actio furti concepti* auf das *triplum* belangt werden; gleich viel, ob er der Dieb ist oder nicht. Bei dem Suchen sollen Zeugen zugezogen werden. — *Gai.* III, 186. 191. IV, 173. *Paull.* II, 31, 3. 5. *Gell.* XI, 18.

3°. Für dieses *Triplum* hat der Beklagte den Regress gegen denjenigen, welcher ihm die Sache in der Absicht übergeben hatte, dass sie eher bei ihm als bei dem Geber selbst

selbst gefunden würde. Dafür dient die *Actio furti oblati*. *Gai.* III, 187. 191.

4°. Will sich der von dem Bestolenen Angesprochene eine gewöhnliche Haussuchung vor Zeugen nicht gefallen lassen, so soll jener zum Behufe der Haussuchung nackt bis auf einen Gürtel, und eine Schale mit beiden Händen haltend, das Haus betreten und suchen. Damit sollte jede Möglichkeit ausgeschlossen werden, dass der Suchende die Sache selbst mitgebracht hätte und sie unter die Sachen des Verdächtigen schieben könnte. Wird aber die Sache jetzt gefunden, so haftet letzterer als *Fur manifestus*. Das ist das s. g. *Furtum lance et licio conceptum*. *Gai.* III, 192—194. *Gell. l. l.* und XVI, 10. *Festus*: *Lance et licio dicebatur apud antiquos, quia qui furtum ibat quaerere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrumfamiliae aut uirginum praesentiam.* — Vgl. *Glo. Taurin.* zu §. 4. *I. h. t. . . . nudus ingrediebatur discum fictile in capite portans, utrisque manibus detentus.*

Diese Sitte, von welcher übrigens *Gaius* als von etwas veraltetem und unverständlichem spricht, war im Alterthum auch ausser Italien verbreitet, und es steht dahin, ob die ganze Vorkehrung aus dem Attischen Recht in die XII Tafeln aufgenommen worden sei. So kommt in *Aristoph. Nubes* I, 6, 497 — 499 folgendes Gespräch vor: *Socrates: Age nunc depone uestem.* — *Strepsiades*: *Num quid iniuriae commisi?* — *Socr.*: *Minime, sed nudos ingredi solemne est.* — *Streps.*: *At non furtum rimaturus* (*φωράσων*) *ego ingredior.* — Dazu *Schol.*: *Moris erat, ut, qui res furtiuas quaesitum aedes cuiusdam ingrederentur, nudi ingrederentur, ne quid uestibus clam occulerent, neue ex inimicitia quid quaerere se simularent dominoque damnum pararent. Hanc ob caussam ingressuri aedes ad inspiciendas res publicas uel quaerendas* (*ἵνα ἐπιθεάσωνται χρήματα τοῦ δημοσίου, ἢ κατ' ἔρευναν*), *nudi ingrediebantur, ne quid occultarent.* — Vergl. auch *Plato de LL. in Ed. Bip.* IX, *p.* 202.) *Si quis in domo alterius quaerere quidpiam tamquam suum* (*φωρᾷν*) *uelit, is nudus et licio cinctus, caetera discinctus* (*γυμνός, ἢ χιτωνίσκον ἔχων, ἄζωστος*), *iustosque per Deos antea iurans, se inueniendi spe id facere, ita de-*

mum requirito. Dominus uero tum exhibeto domum, et in omnibus siue obsignatis siue minus obsignatis locis liberam furti inquirendi potestatem facito. — Dass sich ähnliches auch auf Germanischem Boden fand, s. bei *Grimm*, Poesie im Recht, in der Zeitschr. f. g. R.-W. II, 2. S. 91. f. und Deutsche Rechtsalterthümer S. 640. f. (Aehnliche Massregeln, aber zur *Verhütung* von Diebstal, s. bei *Plin. H. N.* XII, 32.). Ueber die spätere *römische* Sitte s. *Heineccii Ant. h. t.* §. 21. und die daselbst angeführten Stellen, *Plauti Merc.* III, 4, 78–81. *Petronii Satyr.* 97. und *L.* 3. *ff. De fugitiuis.*

5°. Hindert der Angesprochene auch diese feierliche Haussuchung, so galt er wahrscheinlich von jeher als *Fur manifestus*: für die spätere Zeit wissen wir, dass gegen ihn eine prätorische *Actio furti prohibiti* auf das Vierfache Statt fand. *Gai.* 188. 192. IV, 173. *Paull.* II, 31, 3. 5. 14.

Ueber die beiden Punkte 4°. und 5°. s. *v. Vangerow de Furto concepto ex lege* XII *Tab.*, *Heidelb.* 1845. 4.

6°. Endlich wird in §. 4. *I. h. t.* noch eine *Actio furti non exhibiti* erwähnt als Pönalklage gegen denjenigen, welcher die bei ihm gesuchte und gefundene Sache nicht exhibirte, oder, wie *Theophilus ad d.* §. sich, wohl richtiger, ausdrückt, *non permisit ab inueniente auferri.* Diese Klage wird sonst nirgends erwähnt.

Da zur Zeit Justinian's die ganze Sitte jener Privat-Haussuchung längst in Abgang gekommen war, so erklärt er in *d.* §. 4. die sämmtlichen Klagen unter 2°—6°. für veraltet, und setzt dafür die Regel an die Stelle, dass der wissentliche Hehler als *Fur nec manifestus* zu behandeln sei.

---

§. 162. Iniuriae.

Gai. et Inst. dd. ll. Paull. V, 4. *Coll. LL. Mos. et Rom. Tit.* 2. *Titt. ff. et C. De iniuriis* (XLVII, 10. IX, 35.)

Iniuria heisst in diesem engern Sinne *widerrechtliche Verletzung fremder Ehre* (*contumelia*, vergl. *Coll.* II, 5, 1.) Unter *Ehre* verstehen aber die Römer in dieser Anwendung

die gesammte *Persönlichkeit* im Gegensatz der *Vermögensverhältnisse.*

Von den schwersten Körperverletzungen anfangend setzten die XII Tafeln auf die Verstümmelung eines Gliedes *(membrum ruptum)* die *Talio,* mit Vorbehalt der Abfindung, *Gell.* XX, 1, 14—18. 33—38. *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto;* so wörtlich auch *Festus u. Talionis;* demzufolge das *Iudicium,* falls der Beklagte weder zur Abfindung Hand bot, noch sich der verhängten *Talio* unterzog, in eine *Litis aestimatio* und Condemnation zu deren Leistung auslief, *Gell. l. l.* §. 38. Vergl. im Allgemeinen auch XVI, 10, 8., und die Aeusserung von *Cato* IV. *Originum,* (in *Prisciani* VI, 13, 69. *Krehl., p.* 710. *Putsch.*) *Si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur.* Ueber das *Pacisci de iniuria* insbesondere s. *L.* 17. §. 1. *L.* 27. §§. 3. 4. *L.* 6. *De pactis.*

Für den Bruch oder die Zersplitterung eines Knochens *(os fractum autcollisum)* war die Strafe der XII. Tafeln 300. *Asses* bei einem Freien, 150. *Asses* bei einem Sclaven.

Für die übrigen Injurien 25. *Asses, Gell.* XX, 1, 12. *(Si iniuriam alteri faxit,* XXV. *aeris poenae sunto.)*

Ueber alle diese Strafen s. *Gai.* III, 223. *Coll.* II, 5, 5. *Paull.* V, 4, 6.

Pasquille und dgl. waren, unterschieden von gemeinen Injurien, mit dem Tode bedroht, *Cic. de Rep.* IV, 10, 12. *nostrae* XII *Tabulae, quum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putauerunt, si quis occentauisset, siue carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumue alteri.) Tuscul.* IV, 2, 4. *Arnob. adu. gentes* IV, 34. *Porphyrio in. Horat. Serm.* II, 1, 81. *(lege cautum erat, ne quis in quemquam carmen maledicum scriberet)* und *in Epist.* II, 1, 154. *(fustuarium supplicium constitutum erat in auctorem carminum infamium) Ps.-Cornutus in Pers. Sat.* I, 123. *(lege* XII *Tabularum cautum est, ut fustibus feriretur qui publice inuehebatur). Festus: Occentassint antiqui dicebant, quod nunc conuicium fecerint dicimus. Augustin. de Ciu. D.* II, 12. *(capite etiam plectendum sancientes, tale carmen condere si quis auderet.).* — *Paull.* V, 4, 6. *Iniuriarum actio aut lege aut*

more aut mixto iure introducta est: lege XII *Tabularum de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis.*

Später wurde dieses ganze System durch das prätorische Edict wesentlich umgestaltet, wovon *Labeo* in seinem Commentar zu den XII. Tafeln die nächste Veranlassung so erzählt (*Gell.* XX, 1, 13.): *L. Veratius fuit, egregrie homo improbus atque immani uecordia. Is pro delectamento habebat, os hominis liberi manus suae palma uerberare. Eum seruus sequebatur, ferens crumenam plenam assium, et, quemcunque depalmauerat, numerari statim secundum* XII. *Tabulas* 25. *asses iubebat. Propterea . . . Praetores postea hanc abolescere et relinqui censuerunt, iniuriisque aestimandis recuperatores se daturos edixerunt.* — Vergl. *Gai.* III, 224., §. 7. *I. h. t.* und dazu *Theoph.*

Dabei wurde der Unterschied zum Grunde gelegt zwischen *Atrox iniuria* und den übrigen Fällen. Jene ist die schwerere Injurie, welche sich bestimmt theils nach der Intensität (*ex facto*: Körperverletzung und schwere Misshandlung; *uulneratus, uerberatus, fustibusue caesus*), theils nach dem Orte (*ex loco:* z. B. im Theater oder auf den Forum begangen), theils nach der Persönlichkeit (*ex persona*: z. B. an einem Magistrat oder von einer *humilis persona* an einem Senator oder von einem *Libertus* an dem *Patron* oder von dem Kinde an dem Vater verübt); *Gai.* III, 225., §. 9. *I. h. t. Coll. LL. M. et R.* II, 2, 1. *L.* 7. §. 7—*L.* 9. §. 3. *h. t. Paull.* V, 4, 10.

Wie wir heutzutage die Injurien in Verleumdung und Beschimpfung, dann wieder in Real-, Verbal- und symbolische Injurien einzutheilen pflegen, so unterscheiden die Römer vorerst die Injurie, welche *re (quotiens manus inferuntur)* und welche *uerbis* (durch *conuicium* ohne Thätlichkeit) geschieht; so *Labeo in L.* 1. §. 1. *h. t.*, dann die Injurie, welche dem Körper zugefügt wird *(cum quis pulsatur)* oder welche die persönliche Würde verletzt *(dignitatem,* z. B. *cum comes matronae abducitur)* oder die Geschlechtsehre *(quae ad infamiam pertinet,* nämlich *cum pudicitia adtemptatur)*; so ebenfalls *Labeo* in §. 2. *ibid.*; während *Paullus in Coll.* II, 5, 4. sagt: *Fit autem iniuria uel in corpore, dum caedimur, uel uerbis, dum conuicium patimur, uel cum dignitas laedi-*

tur, ut cum matronae uel praetextatae comites abducuntur, und wieder derselbe in *R. S.* V. 4, 1. *Iniuriam patimur aut in corpus . . ., uerberibus et illatione stupri, aut extra corpus conuiciis et famosis libellis.* (Vergl. *Auctor ad Her.* II, 26, 41., wo als Beispiel einer *falschen* Definition angeführt wird, *iniuriam esse nullam nisi quae ex pulsatione aut conuicio constet*; wogegen daselbst IV, 25, 35.: *Iniuriae sunt, quae aut pulsatione corpus aut conuicio aures aut aliqua turpitudine uitam cuiuspiam uiolant.)*

In der Anwendung reicht aber der römische Begriff der Injurie viel weiter als selbst in diesen Begriffsbestimmungen und Eintheilungen unmittelbar angedeutet wird.

Neben der Beschimpfung, Misshandlung und Körperverletzung (bis zur Tödtung *exclus.*) im heutigen Sinne wird als Injurie angesehen jede Versuchung, welche der Keuschheit bereitet wird, wie Anreden *(appellare)* von Jungfrauen, Knaben, und zwar freien oder Sclaven, in unzüchtiger oder auch blos in unschicklicher Weise, öfteres Nachgehen *(adsectari)*, *L.* 9. §. 4. *L.* 10. *L.* 15. §§. 15. 19–23. *L.* 25. *h. t.*, dann das *comitem abducere*, *L.* 1. §. 2. *L.* 15. §§. 16—19. *h. t.*; weiter das Castriren eines Sclaven, *L.* 27. §. 28. *Ad. leg. Aq.*, das Eingeben von Medicamenten, wodurch jemand verwirrt oder verrückt gemacht wird; das wissentlich unbegründete Infragestellen der Freiheit eines Menschen, *L.* 11. §. *ult.* *L.* 12. *L.* 22. *h. t.*; die Verletzung der ökonomischen Ehre, wie z. B. wenn jemand leichtfertig eine *Missio in bona* u. dgl. auswirkt und benutzt gegen jemanden, der nicht sein Schuldner ist, §. 1. *I. L.* 15. §. 31. *h. t.*, oder die Bürgen mahnt, während der Schuldner zur Zahlung bereit ist, *L.* 19. *L.* 20. *h. t.*, oder gegen den Erben des Schuldners ohne Grund als gegen einen *suspectus* Anträge macht, *L.* 31. §. 5. *De reb. auctor. iud.*; ferner die widerrechtliche Veröffentlichung eines vom Testator anvertrauten Testamentes, *L.* 41. *pr. Ad leg. Aq.*; nicht minder das Betreten der Wohnung eines Andern gegen dessen Willen, mit oder ohne Gewalt, *L.* 23. *L.* 5 *pr. h. t.* *L.* 21. §. 7. *De furtis.* §. 8. *I. h. t.*, der Trotz gegen das Eigenthum eines Andern oder muthwillige Nichtachtung desselben, *L.* 25. *De A. E. V.* *L.* 24. *L.* 44. *h. t.*; endlich die Hinderung eines Andern an der ordnungsmässigen Benutzung einer *Res publica*, z. B.

in mari piscari u. dgl., *L.* 13. §. 7. *h. t.* *L.* 2. §. 9. *Ne quid in lo. pu.* (Ueber Beleidigung von der Bühne, über die Verschiedenheit der griechischen und römischen Ansicht und über eine römische Controverse betreffend solche s. *Cic. de Rep.* IV, 10., vgl. *ad Her.* II, 13, 19.)

So begreift die Injurie eigentlich jede Verletzung theils des menschlichen Körpers theils sonst der Würde, welche dem *Menschen,* dem *Freien,* dem *Bürger* zukommt.

Die Injurie kann auch mittelbar zugefügt werden. So wird der Vater injuriirt in seinem Kinde *in potestate,* auch in der Schwiegertochter, der Mann in der Frau (auch schon der Bräutigam), der Erbe in dem Erblasser, der Herr im Sclaven; §. 2. *I.*, *L.* 1. §§. 3. 4. 6. 8. *L.* 15. §. 24. *L.* 18. §§. 4. 5. *L.* 26. *h. t.*

Und die mittelbare Injurie hebt die unmittelbare nicht auf, *L.* 1. §. *ult.* *L.* 18. §. 2. *L.* 30. §. 1. *L.* 31. *h. t.*

Die Aussage von Thatsachen kann, abgesehen von der Form, nur dann Injurie sein, wenn dieselben unwahr sind. Der Beweis der Wahrheit steht demnach offen, *L.* 18. *pr. h. t.*

Endlich hebt die Einwilligung den Begriff der Injurie auf: *Volenti non fit iniuria,* *L.* 1. §. 5. *L.* 17. *pr.* *L.* 15. §. *ult.* *h. t.* Vgl. jedoch *L.* 26. *eod.*

Was nun die *Actio iniuriarum* in ihrer neuern, prätorischen Gestalt betrifft, so benennt dabei der Kläger vor dem *Praetor* die Geldsumme, auf welche er die Beleidigung und Satisfaction anschlägt, und dieser Betrag wird bei der leichtern Injurie als *Taxatio* in die *Formula* gesetzt, so dass die Recuperatoren auch niedriger condemniren können. Dagegen bei der *atrox iniuria* hat der *Praetor* die *Summa uadimonii* zu bestimmen, *Gai.* III, 224, *L.* 2. *De feriis;* und da diese dem Streitobject gleich kommt, so gilt sie zugleich als moderirte *Aestimatio* und *Taxatio*, und an diese Moderation pflegte sich auch der *Iudex* zu halten, obgleich ihm eigentlich die Befugniss zustand, auch niedriger zu gehen, *Gai. l. l.*

Dabei hatte der Kläger die Injurie ihrer Art, Erscheinung und Bedeutung nach concret und so genau wie möglich anzugeben, und diese Angabe wurde in die *Demonstratio* der Klage aufgenommen, wie z. B. *Quod Auli Agerii pugno mala percussa est,* oder *Quod Numerius Negidius sillum (?) im-*

misit Aulo Agerio infamandi caussa, *Coll. LL. M. et R.* II, 6, 1—5.; vgl. *L.* 7. *pr.* §. 5. *h. t.* *Gai.* IV, 60. *Sueton. in Vitell.* 7. (*quum . . . cuidam . . . iniuriarum formulam, quasi calce ab eo percussus, intendisset, nec aliter quam extortis L. sestertiis remisisset*).

Demnächst ist die Klage *in bonum et aequum concepta* (*quantae pecuniae ob eam rem bonum et aequum esse parebit, duntaxat HS. tot* u s. w.), *L.* 11. §. 1. *h. t.* (*Iniuriarum actio ex bono et aequo est*) *L.* 16. *L.* 17. §. 2. (*... dandam mihi iniuriarum . . . in quantum ob eam rem aequum iudici uidebitur, rel.*), *L.* 18. *pr. eod.* (*non esse bonum aequum ob eam rem condemnari*). Vgl. auch *Gai.* III, 224. (*iudex uel tanti condemnat, quanti nos aestimauerimus, uel minoris, prout illi uisum fuerit.*

Nach der angeführten Stelle der *Collatio*, aus *Paulli libro singulari De iniuriis* (das Buch fehlt im *Index Florentinus*, s. *R. G. p.* XXXIX. f.; die Inscription des vorhergehenden Kap. der *Coll.*, II, 5., lautet *Paullus libro singulari et titulo de iniuriis*, was wohl nichts anderes bedeutet, als dass der Einleitungstitel mit dem Buche selbst dieselbe Ueberschrift hatte) *sub titulo Quemadmodum iniuriarum agatur*, enthielt das Edict eine Anzahl von Formeln für die verschiedenen Klassen von Injurien, wie Misshandlung, *conuicium*, *infamandi caussa factum* u. dgl.; welche Formeln jedoch blos in der *Demonstratio* variirt zu haben scheinen. Ingleichen werden hienach auch verschiedene *Capita Edicti* erwähnt, *L.* 15. §§. 2. 25. *h. t.* Vgl. überhaupt *L.* 7. *pr.* §. 4. *eod.* Dabei muss eine jener *Formulae* sich von den übrigen, specieller begränzten, durch grössere Allgemeinheit und umfassendern Ausdruck unterschieden haben, da sie als *generalis iniuriarum* diesen (z. B. der *actio de eo quod infamandi caussa factum est*) entgegen gesetzt wird, *L.* 15. §. 26. *h. t.*; es war dies wohl diejenige, welche in *L.* 15. §. 2. ff. und in der daselbst angeführten Edictstelle (*Qui aduersus bonos mores conuicium cui fecisse, cuiusue opera factum esse dicetur, quo aduersus bonos mores conuicium fieret: in eum iudicium dabo.*) materiell besprochen wird, vergl. insonderheit §§. 3. 5. mit §§. 25—27. *ibid.* Doch bezog man auch diese *generalis actio* ihrer Fassung

nach nicht etwa auf alle Arten von Injurien, sondern schloss z. B. das *Comitem abducere* und das *uirginem appellare* oder *adsectari* von dem Begriffe des *conuicium* aus, indem man diesem unter andern den Begriff des *aduersus bonos mores attentare (pudicitiam)* als coordinirt an die Seite stellte, (§§. 20 — 23. *ibid.*), und dafür wohl auch eine besondere *Formula* hatte; wie es denn neben allem dem auch noch Handlungen gab, welche wörtlich unter keine der aufgestellten *Formulae* passten, und doch nach Befinden des Prätor als klagbare Injurien, mit einer *Utilis iniuriarum actio* (zugerichtet nach dem concreten Falle) verfolgt werden konnten, z. B. §. 1. *ibid. (Ulp.) Si quis pulsatus quidem non est, uerum manus aduersus eum leuatae, et saepe territus quasi uapulaturus, non tamen percussit: utili iniuriarum actione tenetur.* Umgekehrt scheint man in dem *Bonum et aequum* der *Formula* nicht einen unbedingt hinreichenden Schutz für den Beklagten gefunden zu haben, um diejenigen Thatsachen geltend zu machen, welche bei einer objectiv zur Injurie qualificirten Handlung eine subjective Rechtfertigung enthielten, wie z. B. wenn ein Sclave *defendendi domini gratia* jemanden misshandelt hätte; in welchem Falle nach *Paullus* in *L.* 17. § 8. *h. t. in eam rem aduersus agentem exceptio obiicienda erit;* doch ist dabei nicht zu übersehen, dass *Paullus* in dem ähnlichen Falle dessen, *qui nocentem infamauit (L.* 18. *pr. h. t.)*, aus dem *Bonum aequum* in der *Formula* zu Gunsten des Beklagten zu argumentiren scheint.

Wegen Injurien, an Sclaven verübt, gewährt der Prätor nur für die schwersten Fälle ohne weiteres die Klage *(qui seruum alienum aduersus bonos mores uerberauisse*, mit Inbegriff des *pugnis caedere, deue eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur); für* alle übrigen behält er sich *caussae cognitio* vor. *(Item si quid aliud factum esse dicetur, caussa cognita iudicium dabo.), L.*15. §§. 34. 40. *h. t.;* ohne dass übrigens derjenigen *Actio iniuriarum* des Herrn irgend welcher Eintrag geschieht, welche diesem *ex sua persona* zusteht, sobald bei der Verletzung des Sclaven die Absicht den Herrn zu beleidigen unterlief, §§. 35. 45. *ibid.* Ueber das Einzelne vgl. §§. 34—49. *ibid. L.*16. *L.*17. *pr.* §§. 1. 2. *eod.*

Wenn ein Kind in väterlicher Gewalt injuriirt ist, und

der Inhaber der *potestas* durch Abwesenheit oder sonst verhindert ist, die Klage anzustellen, es auch an einem Stellvertreter zu diesem Behufe fehlt, so verheisst das Edict dem Injuriirten oder dessen *Pater filiusfamilias* selbst *caussa cognita* die Klage, und die obgedachte Fassung der *Formula* legt dieser Gewährung kein Hinderniss in den Weg. *L.* 17. §§. 10—22. *L.* 5. §. 6. *h. t. L.* 30. *pr. De pactis. L.* 9. vgl. *L.* 13. *De O. et A.*

Für die Injurie, welche ein Sclave verübt hat, geht die Klage als *noxalis* gegen den Herrn, doch mit der besondern Alternative für diesen, den Thäter zur Züchtigung nach des Richters Ermessen darzubieten (*arbitratu iudicis uerberandum exhibere*), und dadurch, wenn auf diesem Wege eine hinreichende Satisfaction zu erreichen ist, sowohl die Leistung der *Litis aestimatio* als die *Noxae deditio* zu vermeiden. *L.* 17. §§. 4—9. *h. t.* §. 4. *I. De nox. act.*

Die *Actio iniuriarum* ist *famosa* sowohl für den *condemnatus* als für den *pactus*; *Gai.* IV, 60. 182., §. 2. *I. De poe. tem. litig.*, *L.* 1. *De his qui not.*, *Paull. V,* 4, 9.

Die *Actio iniuriarum* wird vorerst nicht zum Vermögen gerechnet; sie geht daher vor der *Litis contestatio* activ so wenig wie passiv auf den Erben über, *Gai.* IV, 112. *L.* 28. *h. t.* (*Ulp.: Iniuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur.*) *L.* 10. §. 2. *Si quis caution.*

Für gewisse schwere Injurien ordnete die *Lex Cornelia Sullae de iniuriis* (*L.* 12. §. 4. *De accusatt.*) sogar ein *publicum iudicium* an, nämlich *quod se pulsatum quis uerberatumue domumue suam ui introitam esse dicat*, §. 8. *I.*, *L.* 5. *h. t. Paull.* V, 4, 8. Vgl. auch *L.* 21. *De his quae not.* — *Schrader ad d.* §. 8. und *Rein* Röm. Crim.-R., S. 370. ff. —

Die Strafe ist unbekannt, und die Vermuthung, dass es allgemein die *Aqua et igni interdictio* gewesen sei (*Rein* a. a. O., S. 373.), hat um so weniger für sich, als in dem *pulsare* und *uerberare* alle, auch die unbedeutendern, Thätlichkeiten und Real-Injurien begriffen waren, *L.* 5. *pr. h. t.* (... *apparet igitur omnem iniuriam, quae manu fiat, lege Cornelia contineri*, vgl. §. 1. *ib.* (*Ofilius: uerberare est cum dolore caedere, pulsare sine dolore*).

Von processualischen Bestimmungen der *Lex* ist überliefert, dass von dem Richteramt ausgeschlossen werden die klägerischen *Affines* des ersten (*gener, socer, uitricus, priuignus*) und die Cognaten bis zum sechsten Grade (*sobrinus propiusue*), ingleichen der Patron des Klägers oder seines Vaters, *L.* 5. *pr. h. t.*; dass ferner der Kläger befugt ist, dem Verklagten verbindlich den Eid zu deferiren, *iniuriam se non fecisse*, welche Befugniss demnächst auch in der Praxis der prätorischen Privatklage Anerkennung fand, §. 8. *ib.*; und dass endlich die Anklage nicht Jedem, sondern nur dem Verletzten zusteht, diesem auch so eigenthümlich ist, dass er sie sogar durch einen Stellvertreter verrichten kann, *L.* 42. §. 1. *De procur.* (*Paull., nam etsi pro publica utilitate exercetur, priuata tamen est.*); — doch (darin wieder getreu dem Charakter eines *publicum iudicium*) durch den *Filiusfamilias* nicht seinem Vater erworben wird, *L.* 5. §§. 6. 7. *h. t.*

Auch kann *ex lege Cornelia* eine civile und ästimatorische Injurienklage erhoben werden, *L.* 37. §. 1. *h. t.*; wie denn überhaupt die criminelle Seite der *Lex* unter den Kaisern mehr und mehr zurückgetreten und durch anderweitige Strafbestimmungen, welche für die einen oder andern der unter der *Lex* begriffenen Fälle neu aufkamen, absorbirt worden zu sein scheint. Vgl. auch *L.* 7. *C. h. t.* (*Dioclet. et Maxim.*: *Iniuriarum caussa non publici iudicii, sed priuati continet querelam*); während umgekehrt Andeutungen vorhanden sind, dass ursprünglich die *Lex* für die von ihr hervorgehobenen Fälle von *atrox iniuria* eher das *iudicium priuatum* auszuschliessen gemeint gewesen wäre, vgl. *L.* 7. §. 6. *h.t.* (*Ulp.*: *Posse hodie de omni iniuria, sed et de atroci, ciuiliter agi, Imperator noster rescripsit.*) *Paull.* V. 4, 8., wo gesagt wird: *Mixto iure iniuriarum actio ex lege Cornelia constituitur*, nachdem es vorher in §. 6. hiess: *Iniuriarum actio aut lege aut more aut mixto iure introducta est.*

Das Recht der *Lex Cornelia* (wie anderer *Leges de publicis iudiciis*) wurde in der frühern Kaiserzeit durch *SCC.* fortgebildet; durch ein solches wurde schwere Criminalstrafe auf Abfassung, Anstiftung, Verbreitung von Pasquillen und Schmähschriften im weitesten Sinne, mit genanntem oder ungenanntem Verfasser gesetzt, nebst Belohnung für den Angeber, *L.* 5. §§.

9—11. *L.* 6. *h. t. L.* 18. §. 1. *Qui test. fa. Paull.* V, 4, 15—17. (*In d.* §. 9. heisst es *Intestabilis ex lege esse iubetur,* während sonst diese Bestimmungen auf das *SC.* zurückgeführt werden; dabei gibt es neben andern kritischen und exegetischen Möglichkeiten, s. z. B. *Walter* R.-G. §. 760. No. 57. und *Rein* Cr.-R., S. 379. auch die, dass das *SC.* die von der *Lex Cornelia* für ihre Fälle gedrohte Strafe der *Intestabilitas* auch auf seine neuen Fälle anwendbar gemacht hätte; — wenn wir nur wüssten, dass dies wirklich die unbekannte Strafe der *Lex Cornelia* oder doch ein Bestandtheil derselben gewesen wäre). Dass aber auch hier, wie sonst, die freie Wahl zwischen Civil- und Criminalklage offen blieb, darüber vgl. *d. L.* 6. mit §. 10. *I. h. t.*

Doch fing man unter den Kaisern, schon zur classischen Zeit, an, den eben erwähnten und andere Fälle schwerer Injurien mit *Poena extraordinaria* zu belegen, so dass die Strafen der *Lex Cornelia,* vielleicht auch älterer *SCC.,* ausser Uebung kamen, und wohl desswegen auch im *Corpus Iuris* nicht genauer angegeben werden. Die neuen Strafen waren Relegation, Deportation, *Metallum, Opus publicum,* selbst Todesstrafe, auch körperliche Züchtigung u. dgl.; die ausgezeichneten Fälle aber z. B. Schmähschriften aller Art, Verletzungen der Geschlechtsehre oder des Hausrechts u. dgl.; *Paull.* V, 4, 4. 5. 7. 8. 13—18. 21. 22., *L.* 1. *L.* 5. *De extraord. crim.*

Aus der christlichen Kaiserzeit endlich sind mehrere Constitutionen gegen *famosi libelli,* insbesondere anonyme Denunciationsschriften, gerichtet, und es werden nicht allein die Verfasser, sondern auch diejenigen, welche sie läsen und nicht sogleich zerstörten, oder welche ihren Inhalt weiter erzählten, mit den härtesten Strafen, selbst mit dem Tode bedroht. *L.* 1. *L.* 7. *L.* 9. *L.* 10. *C. Th. De famo. lib.* (IX, 34.) *L. un. C. eod.* (IX, 36.)

Schliesslich gehört die ordentliche *Actio priuata iniuriarum* nach classischem Recht zu den ausgezeichneten Klagen, bei welchen der Kläger, ohne Rücksicht auf *calumnia,* durch das blosse Unterliegen mit einem *contrarium iudicium* im Betrage von 10 *p. C.* des Streitobjectes sich bedroht sieht, *Gai.* IV, 177. f. Daneben wird aber für den Fall wirklicher

calumnia des Klägers auch ausserordentliche Criminalstrafe, namentlich *Exilium aut Relegatio aut Ordinis amotio* statuirt, *L.* 43. *h. t.* (*Gai. lib.* 3. *Regularum*).

---

§. 166. Actio de seruo corrupto.

Tit. ff. De seruo corrupto. (XI, 3.) *Tit. C. De furtis et seruo corrupto* (VI, 2.).

Wer in böslicher Absicht einen fremden Sclaven entweder bei sich aufnimmt oder zu schlechten Dingen verleitet, der ist dem Eigenthümer zum doppelten Schadensersatz verpflichtet; in Kraft folgender Edictstelle:

> *Qui seruum seruam alienum alienam recepisse, persuasisseue quid ei dicetur dolo malo, quo eum eam deteriorem faceret, in eum, quanti ea res erit, in duplum iudicium dabo.*

Das *dolo malo recipere* begreift wesentlich den Fall, da einem Sclaven Zuflucht gewährt wird, um auf eine verwerfliche Weise sich vor seinem Herrn zu verbergen oder sich demselben sonst zu entziehen; im Gegensatz der Aufnahme in der guten Absicht, ihn für den Herrn aufzubewahren, oder aus einem andern guten Grunde von Menschlichkeit, Mitleiden u. dgl. *L.* 1. §. 2. *L.* 5. *pr. h. t.*

Die schlechten Dinge begreifen alle rechtswidrigen oder unsittlichen Handlungen und Plane (Gedanken), welche den moralischen Werth eines Menschen und damit den pecuniären Werth eines Sclaven herabsetzen. *L.* 3. §. 3. *h. t.* Ob man einem guten Sclaven den ersten Anstoss zu Schlechtem gibt, oder einen schlechten bei schlechtem Vorhaben ermuntert oder ihm dafür Mittel und Wege zeigt, macht keinen Unterschied, *L.* 1. §. 4. *h. t.*

Als Beispiele solcher Verführung werden angegeben (*L.* 1. §. 5. *h. t.*): *qui seruo persuadet, ut iniuriam faceret uel furtum, uel fugeret, uel alienum seruum ut sollicitaret, uel ut peculium intricaret, aut amator existeret uel erro, uel malis artibus esset deditus, uel in spectaculis ni-*

mius uel seditiosus; uel si actori suasit uerbis siue pretio, ut rationes domesticas intercideret, adulteraret, uel etiam ut rationem sibi commissam turbaret; (*L.* 2.) *Vel luxuriosum uel contumacem fecit, uel, ut stuprum pateretur, persuadet;* oder (*L.* 15.) *ut dominum contemneret,* auch (*L.* 5. *De extraord. crim.*) *ut infamandi domini caussa ad statuam confugeret,* u. s. w. Vgl. §. 23. *I. De Actionibus.*

Einige scheinen auch dasjenige *dolo malo persuadere* hieher gezogen zu haben, in Folge dessen der Sclave etwas that, was ihm blos körperlichen Schaden brachte, z. B. *in tectum ascendere, in puteum descendere, L.* 3. § 1. *h. t.;* während Andere für solche Fälle richtiger eine *Actio utilis legis Aquiliae* statuirten, *L.* 4. *h. t.*

Dem *dolus malus* bei dem *persuadere* steht übrigens entgegen, was aus Scherz oder sonst auf arglose Weise geschieht, *L.* 3. *pr. h. t.* Dass man etwa den Sclaven für einen Freien hielt, entschuldigt nicht, *L.* 5. § 1. *h. t.*

Die Klage steht dem Eigenthümer des Sclaven zu (und zwar kommt es auf das Eigenthum zur Zeit der That, nicht der Klage an, *L.* 5. §. 4. *h. t.*), nicht dem *bonae fidei possessor, L.* 1. §. 1. *h. t.*; auch nicht dem Pfandgläubiger, *L.* 14. §. 4. *h. t.* (vgl. indess *L.* 30. §. 1. *Ad leg. Aquil.*); doch *utiliter* dem Usufructuar, gegen jeden Thäter, selbst wenn es der Eigenthümer wäre, *L.* 9. §. 1. *h. t.* Die Klage gilt auch für einen Miteigenthümer gegen den andern, *L.* 9. *pr. h. t.* (möglicher Weise auch wegen *recipere*, nicht, wie *Julian* meinte, blos wegen *persuadere*); auch unter Ehegatten, aber hier nur *in simplum. L.* 17. *h. t.* Sie ist *perpetua*, und geht activ, nicht passiv auf den Erben über, *L.* 13. *h. t.* — Ist der Thäter ein Sclave, so gilt sie noxal, *L.* 5. §. 3. *L.* 14. §§. 2. 3. *h. t.*

Zur Leistung kommt der Minderwerth des Sclaven, *L.* 9. §. 3. *L.* 14. §. 8. *h. t.*; dazu aber auch der Schaden, welchen der Herr durch die Handlung, wozu der Sclave verführt wurde, erlitten hat, wie z. B. die Sachen, welche der zur Flucht verleitete Sclave mitgenommen hat, ohne Rücksicht darauf, ob sie dem Beklagten zu gute gekommen sind, *L.* 10. *L.* 16. *h. t.*, die durch den Sclaven auf Anstiften des Beklagten vernichteten Schuldurkunden, *L* 11. §. 1. *h. t.*, die Lei-

stungen, welche in Folge des fraglichen Vergehens dem Herrn als solchem (*noxali actione*) oder als Vermiether u. dgl. des Sclaven (*actione conducti* u. dgl.) gegen Dritte obliegen, *L.* 14. §§. 6. 7. *h. t.*; nicht aber derjenige Schaden, welchen der Herr durch andere, spätere Vergehen dieses Sclaven, zu welchen derselbe von dem Beklagten nicht unmittelbar verführt worden ist, erlitten hat, *L.* 11. *pr.* §. 1. *h. t.*

Der Minderwerth, welcher zur Leistung kommt, kann bis zum Vollwerth betragen; doch muss in diesem Falle der Sclave selbst gegen das einfache *pretium* dem Beklagten auf seine Gefahr überlassen werden, *L.* 14. §. 9. *h. t.*

Abgesehen von diesem besondern Falle macht der Minderwerth und der erwähnte anderweitige Schaden den Gegenstand der Schätzung aus, deren doppelter Betrag dem Kläger, und zwar ohne Unterschied zwischen *confiteri* und *infitiari* des Beklagten, *L.* 5. §. 2. *h. t.*, zu gewähren ist, wie sich in der *Condemnatio* der *Formula* durch die Worte *quanti ea res erit, eius dupli*, *L.* 9. §. 2. *h. t.* ausgedrückt findet. Die Klage ist also gemischte Ersatz- und Strafklage, *L.* 14. §. 5. *h. t.* Doch ist ein gegenwärtiger Schaden nicht Bedingung der Klage, wenn nur zur Zeit der That ein Schaden verursacht wurde (*haec actio refertur ad tempus serui corrupti uel recepti, non ad praesens,* und *praeteritae utilitatis aestimatio in hoc iudicium uersatur, L.* 5. §. 4. *L.* 6. *h. t.*), so dass nachheriger Tod, Freilassung, Veräusserung des Sclaven der Klage keinen Abbruch thun, *d.* §. 4. und *L.* 7. *L.* 8. *L.* 16. *h. t.*

Die Concurrenz der *Actio de seruo corrupto* mit der *Actio furti* und *Condictio furtiua*, wo sie Statt findet, ist eine absolut cumulative. *L.* 11. §. 2. *L.* 12. *h. t.*

Nach Analogie des Sclaven wurde die Klage *utiliter* auch wegen Verführung von Kindern *in potestate* dem Vater gewährt, *L.* 14. §. 1. *h. t.*, doch wohl auf ein einfaches *quanti aequum et bonum uidebitur*, weil bei einem Kinde von einem Minderwerth und dessen Schätzung und Verdoppelung nicht die Rede sein konnte, wie auch *d.* §. 1. andeutet.

Die Klage war unzweifelhaft *in factum concepta*, und mag ungefähr folgende Formel gehabt haben:

Si paret N. N. dolo malo Stichum, A. A. seruum,

AUT RECEPISSE AUT EI PERSUASISSE ALIQUID, QUO EUM DETERIOREM FACERET, QUANTI EA RES FUIT EIUS DUPLUM N^m. N^m. A^o. A^o. CONDEMNA (*condemnate*?), S. N. P. A.

Vielleicht auch nur auf das Eine (*recipere* oder *persuadere*) gerichtet, wo nicht beides in Frage war.

Es ist durch die beschriebene Natur der *Actio de seruo corrupto* von selbst gegeben, dass weder wirklicher Zwang gegen den Sclaven, *L.* 1. §. 3. *h. t.*, noch der erfolglose Versuch von Verführung die Klage begründen kann, wie denn letzteres für den Fall ausdrücklich anerkannt wurde, da jemand einen Sclaven anreizte, seinem Herrn gewisse Sachen zu stehlen und sie ihm zu bringen, der Sclave aber nach pflichtmässiger Anzeige auf Geheiss des Herrn dieses ausführte, *Gai.* III, 198. Gerade für diesen Fall verordnete aber *Justinian* behufs mehrerer Abschreckung, dass die böse Absicht mit beiden Klagen (sowohl *furti* als *serui corrupti*) heimgesucht werden sollte. *L.* 20. *C. h. t.* §. 8. *I. De Obll. q. ex. del.*

---

§. 171. Nautae caupones stabularii.

Titt. ff. Nautae caupones stabularii ut recepta restituant (IV, 9.). *Furti aduersus nau. cau. sta.* (XLVII, 5.)

Gegen Schiffer, Gastwirthe und Stallhalter schien für die Reisenden (*uectores* u. *uiatores*) und ihre Effecten ein etwas derber Schutz nöthig, derber namentlich als die ordentlichen Regeln von Miethe, Depositum, Diebstal u. dgl. mit sich brächten; insbesondere für den Fall, wenn davon etwas beschädigt oder entwendet würde: *ut innotesceret*, sagt Ulpian in *L.* 3. §. 1. *h t.*, *Praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum*, und in *L.* 1. §. 1. *eod.*: *nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus aduersus eos, quos recipiunt, coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus.*

Der Prätor stellte zu diesem Behufe folgende zwei Klagen auf:

1. Wenn das Vergehen (*furtum* oder *damnum iniuria*

datum) in dem betreffenden Local von dem Principal selbst oder von einem seiner Angestellten (*qui nauis nauigandae, cauponae exercendae, stabuli exercendi caussa ibi tum erant*) oder von jemanden, der etwa in dem Gasthofe eine bleibende Wohnung hatte, *L.* 6. §. 3. *h. t.*, verübt ist, so haftet der Principal (*Exercitor*) mit einer *Actio in factum* auf doppelten Ersatz, *L. un.* §§. 2. 3. *h. t. L.* 7. §. 1. *h. t.* Dieselbe ist *perpetua,* geht aber nicht gegen den Erben, und entspringt *ex maleficio* oder *quasi ex maleficio,* je nachdem der Beklagte wegen eignen oder fremden Vergehens verantwortlich wird, *L.* 5. §. 6. *De O. et A.*, wobei aber das fremde, wenn es auf sein Geheiss geschah, für eignes gilt. Nach demselben Unterschiede geht die Klage, wenn der *Exercitor* Haussohn oder Sclave ist, gegen den Vater oder Herrn entweder *noxaliter* oder *de peculio*, *L.* 19. §. 2. *De nox. L.* 42. *pr. De furtis*; letztere findet aber nach dem Tode eines solchen *Exercitor* als *annalis* nicht Statt, weil diese die Stelle der Vererbung vertritt, *L.* 7. §. 6. *h. t.*; auch haftet der freie *Exercitor* für seine eignen Sclaven mit dieser Klage nur *cum noxae deditione*, *L.* 7. §. 4. *h. t.*, so aber *utiliter* auch dann, wenn sie nicht als *Nautae* u. dgl. in dem Local waren. *L.* 7. §. 3. *h. t.* Dem geschädigten Gaste, Passagier u. dgl. steht aber neben dieser *honoraria actio* auch die ordentliche Civilklage (*legis Aquiliae, furti* u. dgl.) gegen den Thäter selbst zu, aber nach der einen kann die andere nicht angestellt (*exceptio datur*), und bei der erstern muss die letztere cedirt werden, *L.* 6. §. 4. *L. un.* §. 3. *h. t.*

2. Die *Actio de recepto* (ebenfalls *in factum concepta* und gegen den Principal gerichtet, schon *Labeo* bekannt) auf unbedingten Ersatz dessen, was von dem Reisenden hergebracht, und von dem Principal selbst oder dessen *Magister*, *Institor*, Factor, auch sonstigen dafür angestellten oder angewiesenen Personen, *L.* 1. §. 1. ff. *h. t.* (mit oder ohne besondere Uebergabe, Assignation u. dgl. §. 8. *ib.*) in das betreffende Local aufgenommen und nicht zurück gegeben worden ist (*quod saluum fore recepit nec restituit*). Wie und durch wen der Schaden eingetreten sei, und ob der Principal dabei speciell etwas verschuldet habe, ist hier ganz gleichgültig; nur *Vis maior* oder eignes Verschulden des Klägers

befreit ihn (*exceptio datur*), *L.* 3. §. 1. *h. t.* *L.* 203. *De R. I.* Auf die Art der Sachen und auf das Eigenthum daran kömmt es nicht an, *L.* 1 §. 6. f. *L.* 4. §. 2. *h. t.* Die Klage ist reipersecutorisch, *perpetua*, und geht auch gegen den Erben, *L.* 3. §. 4. *h. t.* So weit auf dem Principal diese Verantwortlichkeit lastet, steht ihm selbst, nicht dem Geschädigten, die *A°. furti* zu, ausgenommen wenn jener insolvend wäre, *L. un.* §. 4. *L.* 4. *pr. h. t.* *L.* 14. §. 17. *De furtis.* Ist der *Exercitor* u. dgl. Haussohn oder Sclave, so geht die *A°. de recepto* gegen den Inhaber der *Potestas*, abgesehen von dessen Mitwirkung, *de peculio*, *L.* 3. §. 3. *h. t.* *Utiliter* wird dieselbe auch gegen Kahn- und Flossführer (*exercitores ratium, item lintrarii*, *L.* 3. §. 4. *h. t.*) gewährt.

Die beiden Klagen können unter Umständen concurriren, doch schliesst jede die andere *ipso iure* oder doch *per exceptionem doli* aus, L. 3. §. 5. *h. t.* (vgl. jedoch *Interpp.* und Schilling §. 339. *ee.*) Auch fallen beide weg, wenn der Principal zum voraus sich die Verantwortlichkeit verbeten und die Gäste, Passagiere u. dgl. angewiesen hat, auf ihre Effecten selbst Acht zu geben, diese aber sich das gefallen liessen, *L.* 7. *pr. h. t.* (*si praedixerit, ut unusquisque uectorum res suas seruet, neque damnum se praestiturum, et consenserint uectores praedictioni*, — welche Stelle zwar zunächst nur von der erstern *A°. in factum* spricht).

Uebrigens wird die zweite dieser Klagen nicht auf eine *Obligatio quasi ex delicto* zurückgeführt, sie ist wesentlich nur eine besondere und verschärfte Gestaltung der *Actio conducti* und ähnlicher Contractsklagen, und ist daher an dieser Stelle nur ihres praktischen Zusammenhanges mit der erstern Klage wegen besprochen worden.

---

§. 179. Actio Quod metus caussa.

Titt. ff. Quod me. ca. (IV, 2.) *C. De his quae ui* (II, 20.) *Paul.* I, 7.

Wer zu irgend einer Rechtshandlung gezwungen worden ist, dem steht diese Klage zu, und zwar *a*) gegen den-

jenigen, welcher den Zwang ausgeübt hat, mag diesem der Erfolg zu gute gekommen sein oder nicht, — und *b*) gegen denjenigen, welcher die Folge des Zwanges in so weit geniesst (mit oder ohne Schuld oder Wissen), dass er zu ihrer factischen oder rechtlichen Aufhebung befähigt ist; — zwischen beiden hat der Kläger die Wahl. *L.* 14. §. 5. *L.* 16. *pr. ff. L.* 5. *C. h.t.*

Das nächste Ziel der Klage ist vollständiges *Restituere* dessen, was der Kläger durch die erzwungene Rechtshandlung verloren hat, *cum omni caussa*, *L.* 9. §. 7. *L.* 12. *pr.h.t.* Das kann ein blos factisches Verhältniss sein, wie Besitz, oder aber ein Rechtsverhältniss, wie Eigenthum, Servitut, Obligation. Zum *restituere* wird daher je nach den Umständen blosse Tradition u. dgl., oder aber Mancipation, *In iure cessio*, Stipulation, Acceptilation gehören, oder was sonst dazu nöthig ist, um den zwangsweise herbei geführten Rechtserfolg in bester Form Rechtens rückgängig zu machen.

Die Klage ist *arbitraria*. *L.* 14. §. 4. *h. t.* Geschieht nach der *Pronunciatio* und gemäss dem *Arbitrium iudicis* das *Restituere* von Seite des Beklagten nicht, so erfolgt Condemnation auf das vierfache Interesse. *L.* 9 §. 6. *L.* 14. *h. t. Post annum* findet die Klage nur *in simplum*, und auch so gegen den Dritten nur subsidiär und *caussa cognita* Statt, *L.* 14. §§. 1. 2. *ff. L.* 4. *C. h. t.* Mehrere Schuldige haften *in solidum*, einer für alle, *L.* 14. §. 5. *L.* 16. *h. t.* Gegen den Erben geht die Klage überhaupt nur *in quantum ad eum peruenit*, *L.* 16. §. 2. *LL.* 17—20. *h. t.* Aus der Handlung eines Hauskindes oder Sclaven geht sie *noxaliter* gegen Vater oder Herrn, welcher aber *propter restituendi facultatem* auch *ex sua persona* haftet, *L.* 16. §. 1. *h. t.*

Des Nähern ist folgendes zu beachten:

1°. Die *Vis* muss unrechtmässig (*L.* 3. §. 1. *h. t.*) und *atrox*, d. h. zur Erregung gerechter Furcht vor einem grössern Uebel geeignet (o. S. 43.) sein, *LL.* 1—9. *L.* 23 *ff. LL.* 2. 4. 6—10. *C. h. t.*; auch muss irgend jemand diese Furcht bei dem Kläger in der Absicht, ihn zu der fraglichen Rechtshandlung zu zwingen, erregt haben, *L.* 9. §. 1. *L.* 21. *pr. h. t.*

2°. Das erzwungene Rechtsgeschäft muss für den Kläger einen Schaden herbei geführt haben: das ist z. B. nicht

der Fall, wenn jemand gezwungen wird eine richtige Schuld zu zahlen, *L.* 12. §. 2. (*L.* 13.) *h. t.* oder eine unrichtige Forderung (*cui exceptio perpetua obstat*) zu acceptoferiren, *L.* 14. *pr. L.* 12. §. 1. *h. t.*, wohl aber bei einer zwangsweise errichteten Obligation, obgleich dieselbe mittelst der *Exc°. metus* als *inanis* erscheint, *L.* 9. §. 3. *h. t.*

3°. Der nachtheilige Erfolg des Zwanges muss dem Kläger durch eine freie Handlung des Beklagten förmlich und sachlich abgenommen werden, wenn letzterer der *Condemnatio in quadruplum* entgehen soll, und zwar entweder absolut oder so weit er es selbst vermag, je nachdem er wegen selbst verübten Zwanges oder nur *propter restituendi facultatem* haftet; worin aber jene Handlung bestehen solle, das wird vom *Iudex* arbitrirt und dem Beklagten aufgegeben. Gewöhnlich wird es der einfache *Contrarius actus* des erzwungenen Rechtsgeschäftes sein; z. B. wenn dieses Tradition war, — Retradition, *L.* 21. §. 2. *h. t*, wenn *Mancipatio,* — *Remancipatio*, doch schon mit *Cautio de dolo*, wegen vielleicht geschehener Rechtsbelastung, *L.* 9. §. 5. *h. t.* vgl. *L.* 18. *De R. V.*; wenn Aufhebung einer Servitut (namentlich etwa durch erzwungenes *Non uti*), — Wiederbestellung derselben durch *In iure cessio* oder sonst in bester Form Rechtens, *L.* 9. §. 7. *h. t.*, wenn Aufhebung eines Consensualcontractes, — Wiederherstellung desselben durch neuen *Consensus*, sofern das jetzt dem Kläger noch dienen kann, *L.* 21. §. 4. *h. t.*, wenn Verpflichtung durch Stipulation, — Befreiung von derselben durch Acceptilation, wie denn im umgekehrten Falle, der erzwungenen Acceptilation, das *Restituere* sich verschiedentlich gestalten kann, je nachdem die Forderung zur Zeit des Zwanges fällig war oder doch jetzt ist (Zahlung), oder noch nicht (neue *Stipulatio*), oder, selbst abgesehen von der *Acceptilatio*, ihrer Richtigkeit nach bestritten (gutwilliges Hingehen mit dem Kläger zu dem Prätor und *iudicium rescissorium accipere,* d. h. *Si ea pecunia q. d. a. accepto lata non esset, tum si N*ᵐ. *A*°. 100. *dare oporteret etc.*) *L.* 9. §. 7. *h. t.*, ferner je nachdem der jetzt mit der *A°. Quod metus caussa* belangte Bürge den Zwang zur Acceptilation selbst begangen (Bewirkung durch ihn, dass der Hauptschuldner die zerstörte Obligation freiwillig wieder auf

sich nehme, dass die untergegangenen Pfandrechte wieder hergestellt werden, dazu Wiedereingehung der Bürgschaftsverpflichtung) oder aber nicht, in welchem Falle die Wiederverbürgung allein ihm zugemuthet wird, während er das übrige dem Kläger selbst zu besorgen überlassen kann, *L.* 9. §. 8. *LL.* 10. 11. *h. t.* u. s. w.

4°. Ueberhaupt haftet der Beklagte, welcher den Zwang nicht selbst begangen hat, nur so weit als das *Restituere* in seiner Möglichkeit liegt oder durch seinen *Dolus* aufgehört hat darin zu liegen, so dass er unter anderm nach Umständen auch mit einer blossen *Cautio* (z. B. *si seruus in suam potestatem uenerit, se restituturum*) davon kommen kann, *L.* 14. §§. 5. 11. *h. t.*

5°. Die *A°. Quod metus caussa* muss wesentlich so gelautet haben. S. IUDEX ESTO. SI PARET UI METUSUE CAUSSA IN HOC ANNO FACTUM ESSE, UT A^s. A^s. FUNDUM CORNELIANUM N°. N°. (oder TITIO), MANCIPIO DARET (oder was sonst), NEQUE EA RES ARBITRATU TUO A°. A N°. RESTITUETUR, QUANTAE PECUNIAE DAMNUM OB EAM REM A^s. PASSUS EST (oder QUANTI EA RES ERIT), EIUS QUADRUPLUM N^m. A°. CONDEMNA, S. N. P. A. — A. M. Rudorff in ZSch. f. g. R. W. XII, S. 156. Wetzell *Adv. quem in int. rest. p.* 3. Vgl. Keller röm. C. Pr., S. 136. u. 333. *In rem scripta* oder *concepta* wird die Klage öfter genannt, weil darin keine bestimmte Person bezeichnet ist, von welcher der Zwang ausgegangen sein müsste, wodurch sich die *A°.* und *Exc°. metus* gerade von der sonst verwandten *A°.* und *Exc°. doli* unterscheidet, *L.* 9. §§. 1. 8. *L.* 14. §§. 3. 5. *L.* 16. *pr. h. t.*, vgl. *L.* 4. §. 33. *De dol. exc.* — Keller a. a. O., S. 381. Ueber die Concurrenz der *A°. doli* mit der *A°. Quod metus caussa* vgl. *L.* 14. §. 13. *h. t.*

Die bisher besprochene *A°. Quod metus caussa* verwirklicht den Gedanken, dass der Gezwungene gegen den Zwingenden und wen sonst einen persönlichen Anspruch habe auf Wiederaufhebung des erzwungenen Rechtserfolges mittelst eignen freien Rechtsgeschäfts, widrigenfalls auf Bezahlung des vierfachen Interesse. Mit einem solchen persönlichen Anspruche ist aber dem Gezwungenen nicht immer geholfen. Wenn er z. B. zur Antretung oder Ausschlagung einer Erbschaft gezwungen worden ist, so gibt es keine

Rechtshandlung, durch welche der Beklagte ihm die Erbqualität wieder abzunehmen *resp.* zu verschaffen vermöchte; dem Kläger aber wird es schwer fallen, den erlittenen Nachtheil in bestimmtem Geldbetrage zu liquidiren, und zuweilen wird sich jener überhaupt durch Geldleistung nicht recht gut machen lassen. Aehnliche Schwierigkeit findet bei erzwungener Freilassung Statt. Dazu kommt in solchen und in gar vielen andern Fällen, wo der Kläger durch den Zwang ein Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht verloren hat, die Rücksicht auf etwaige Insolvenz des Beklagten, durch welche der Werth der *A°. Quod metus caussa*, als einer blos persönlichen Klage bedroht wird, während die *Rei uindicatio* oder sonstige Klage aus dem verlornen dinglichen Rechte, wenn sie der Gewungene noch hätte, von solcher Gefahr ganz frei wäre.

Alles dieses begründet für manche Fälle ein dringendes Interesse des Gezwungenen, für seine Befriedigung nicht blos auf die freie Mitwirkung des Beklagten und im Entstehungsfalle auf eine gegen diesen zu erwirkende Geldcondemnation angewiesen zu sein, sondern lieber sein verlorenes Recht durch die Amtswirkung des Magistrates, so gut möglich, wieder zu erhalten und die erzwungene Rechtshandlung mit dessen Autorität als nichtig und wie nie da gewesen behandeln zu dürfen. Und dies wird ihm gewährt dadurch, dass der Prätor bei ausgeschlagener Erbschaft ihn *heredis loco* hält, also z. B. die *hereditariae actiones utiliter* (si *heres esset*) für und gegen ihn gewährt, bei angetretener Erbschaft dagegen ihn abstiniren lässt, also die *hereditariae actiones* für und gegen ihn verweigert, dass er ferner bei geschehener Eigenthumsübertragung ihm die verlorne *Rei uindicatio* als *rescissoria* s. *restitutoria* (*Si A°. eam rem N°.* oder *Titio mancipio non dedisset, tum si A°. ex I. Q. etc.*) wieder nutzbar macht (also, sagte man, behält der Gezwungene das *in bonis*, später kehrte man den Schluss um, *L.* 9. §. 6. *i. l.*, vgl. o. S. 37.), und dass er bei andern dinglichen oder auch persönlichen Klagen ebenso verfährt, — mit Einem Worte, dass er anstatt der *A°. Quod metus caussa* dem Gezwungenen auf sein Verlangen *In integrum restitutio* gewährt, was anfänglich nur aus besonderm Grunde, im

Verfolge aber nach freier Auswahl des Klägers geschehen zu sein scheint (A. M. v. Savigny Syst. VII, S. 112.) und wobei wohl die Würdigung des Zwanges *in concreto* mitunter dem *Judex* anheimgegeben wurde (z. B. *Si A.ˢ eam rem N.°* oder *Titio* METUS CAUSSA *mancipio non dedisset, tum si etc.*). Vgl. überhaupt *L.* 9. §§. 2. 4. 6. *L.* 21. §§. 5. 6. *ff. L.* 3. *C. h. t. L.* 17. *pr. Qui et a qui. L.* 85. *De A. v. O. H.*, v. Savigny Syst. VII, §. 330. v. Vangerow §. 185. Keller C. Pr. §. 79. Erzwungene *dotis dictio* scheint als nichtig angesehen worden zu sein, *L.* 21. §. 3. *h. t.*

Alle diese Schutzmittel gegen den Zwang, *Actio, Exceptio* und *In integrum restitutio* pflegte man auf den Ausspruch des Edictes *Quod ui metusue caussa gestum erit, ratum non habebo*, *L.* 1. *h. t.* als auf ihr gemeinsames Princip zurück zu führen, *L.* 9. §. 3. *L.* 12. §. 1. *L.* 21. §. 1. *ff. L.* 7. *C. h. t.*

Die *A.°* *Quod metus caussa* wurde zuerst eingeführt durch das Edict eines *Praetor urbanus, Octauius*, wahrscheinlich *Lucius*, *Cos. a.* 679. oder *Cneus*, *Cos. a.* 678., welche gemäss den *Leges annales* wenigstens 5 Jahre früher die Prätur bekleidet haben mögen; das Edict fällt also in das Jahr 674 oder kurz vorher. Die Klage wird unter dem Namen *Formula Octauiana* erwähnt bei *Cic. Ver.* III, 65., *postulauit* (*C. Gallius*) *a L. Metello* (*praetore Siciliae*), *ut ex edicto suo iudicium daret in Apronium Quod per uim aut metum abstulisset, quam formulam Octauianam et Romae Metellus habuerat et habebat in prouincia;* vgl. *ad Q. F.* I, 1, 7. *cogebantur Sullani homines, quae per uim et metum abstulerant reddere;* auch *p. Flac.* 21. *petit Heraclides a C. Plotio .... mancipia quaedam, quae se, quum iudicatum esset, per uim uendidisse dicebat;* und sie steht ihrem Ursprunge nach der *Actio* und dem *Interdictum de ui hominibus coactis armatisue* (*ca. A.* 678, o. S. 44.) nahe, wie sie denn auch bald in die Provincial-Edicte überging, *d. ll.* und *L.* 19. *h. t.* Ueber eine gewisse Verwandtschaft der *A°. Quod metus caussa* in ihrem Grundgedanken mit dem *Iudicium repetundarum* s. Rudorff ZSch. f. g. R. W. XII, S. 149. ff.

Noch traf das Edict besondere Vorsorge gegen die Gewaltthätigkeit der *Publicani* durch eine *Actio in factum* auf doppelten Ersatz (*post annum in simplum*, gegen den Erben *in quantum ad eum peruenit*) für denjenigen, welchem der *Publicanus* oder sein Stellvertreter oder seine gewerbliche *Familia* (Freie oder Sclaven) etwas mit Gewalt weggenommen und nicht (eigentlich *ante acceptum iudicium*) zurück erstattet hat, jedoch ohne Ausschluss der ordentlichen Klagen wie *furti*, *ui bonorum raptorum*, *legis Aquiliae*; *L.* 1. *pr.* §§. 1—5. *L.* 4. *pr.* *LL.* 5. 6. *De publicanis*; — woran sich noch die weitere Verheissung knüpft, dass wegen *damnum iniuria datum* oder *furtum*, von Sclaven des *Publicanus* oder seiner Societät begangen, die Klage gegen diesen oder die *Socii* ohne *Noxae deditio* Statt finde (und zwar als *perpetua* selbst gegen die Erben), wenn die bezeichneten Thäter, oder behufs der Bezeichnung alle, nicht auf Verlangen des Klägers exhibirt würden, *L.* 1. *pr.* §. 6. *LL.* 2. 3. 12. 13. *eod.* *L.* 195. §. 3. *De V. S.* — Von diesen beiden Klagen ist endlich noch diejenige wegen ungerechter Forderung oder Ueberforderung an Zöllen u. dgl. zu unterscheiden, welche auf das Vierfache oder Doppelte des zu Unrecht Gezahlten geht, je nachdem noch gewaltsame Erpressung hinzu kommt oder nicht, *L.* 9. §. 5. *h. t.*, wie denn auch da, wo aus blossem Versehen des Zahlenden etwas *indebite* abgenommen wurde, einfache Rückforderung Statt findet, *L.* 16. §. 14. *h. t.* Bei jenen Rückforderungsklagen ist auch das, freilich, wie es scheint, dem *Verres* eigenthümliche, *Iudicium in octuplum* für den *Arator* gegen den *Decumanus* zu beachten, gegenüber dem *Edictum*: *Quantum decumanus edidisset aratorem sibi decumae dare oportere, ut tantum arator decumano dare cogeretur*, mit beigefügtem *Iudicium in quadruplum* für den *Decumanus* gegen den *Arator*, *Cic. Ver.* III, 10. 13. a. E.

Ueber den schlimmen Ruf der *Publicani* im Allgemeinen, ihre Bestrafung *extra ordinem* u. dgl. s. *L.* 12. *pr. h. t.* *L.* 9. *De L. Rhodia.* *Tac. A.* XIII, 50. f. *Matth.* 18, 17.

§. 184. Actiones adiectitiae.

I. *A.º exercitoria*, z. B. *de certa credita pecunia*, ungefähr:

EA RES AGATUR, QUOD A.ˢ A.ˢ L. TITIO, MAGISTRO EIUS NAUIS, QUAM N.ˢ N.ˢ EXERCEBAT, EIUS REI NOMINE, CUIUS IBI L. TITIUS PRAEPOSITUS FUIT, PECUNIAM MUTUAM DEDIT, SI PARET, L. TITIUM A.º A.º MILLE AUREOS DARE OPORTERE, IUDEX N.ᴹ N.ᴹ A.º A.º MILLE AUREOS CONDEMNA, S. N. P. A. — *Titt. ff. De exerc. act.* (XIV, 1.) *Cod. De inst. et exerc. act.* (IV, 25.)

II. *A.º institoria*, z. B. *empti*, ungefähr:

QUOD A.ˢ A.ˢ DE L. TITIO, QUEM N.ˢ N.ˢ TABERNAE UINARIAE EXERCENDAE INSTITOREM PRAEPOSUIT, CUIUS REI CAUSSA L. TITIUS A N.º N.º PRAEPOSITUS EST, DECEM AMPHORAS UINI CAMPANI EMIT, Q. D. R. A., QUICQUID OB EAM REM L. TITIUM A.º A.º DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIUS N.ᴹ N.ᴹ A.º A.º CONDEMNA, S. N. P. A. — *Titt. ff. De inst. act.* (XIV, 3.) *Cod. laud.*

III. *Aº. Quod iussu*, z. B. *uenditi*, ungefähr:

QUOD IUSSU N.ᴵ PATRIS A.ˢ GAIO FILIOFAMILIAS N.ᴵ TOGAM UENDIDIT, Q. D. R. A., QUICQUID OB EAM REM GAIUM FILIUM Aº. DARE FACERE OPORTET E. F. B., EIUS N.ᴹ PATREM A.º CONDEMNA. — *Titt. ff. Quod iussu* (XV, 4.) *C. Quod cum eo qui* (IV, 26.).

IV. *A.º de peculio* (zugleich *de in rem uerso*), *a*) *uulgaris*, z. B. *depositi*, ungefähr:

QUOD A.ˢ A.ˢ APUD STICHUM, N.ᴵ N.ᴵ SERUUM, MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, Q. D. R. A., QUICQUID O. E. R. STICHUM SERUUM, SI LIBER ESSET, A.º A.º DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA, EIUS N.ᴹ N.ᴹ A.º A.º DUNTAXAT DE PECULIO, QUODUE DOLO MALO N.ᴵ N.ᴵ FACTUM EST QUOMINUS IN PECULIO ESSET, UEL SI QUID IN REM N.ᴵ N.ᴵ DOMINI INDE UERSUM EST, PRAETEREA ET SI QUID DOLO MALO N.ᴵ N.ᴵ CAPTUS FRAUDATUSQUE A.ˢ A.ˢ ACTOR EST, QUANTI EA RES ERIT, CONDEMNA, S. N. P. A. — *Titt. ff. De peculio, De in rem uerso* (XV, 1. 3.) *C. Quod cum eo qui.* (IV, 26.)

b) *annalis*, z. B. als *condictio indebiti*, ungefähr:

EA RES AGATUR QUOD A.ˢ A.ˢ LUCIO N.ᴵ N.ᴵ FILIOFAMILIAS PECUNIAM INDEBITAM SOLUIT. SI LUCIUS NEGIDIUS UIUERET, TUM SI EUM MILLE AUREOS A.º A.º DARE OPORTERET, IUDEX N.ᴹ N.ᴹ PATREM A.º A.º MILLE AUREOS DUNTAXAT DE PECULIO QUODUE DOLO MALO N.ᴵ N.ᴵ FA-

CTUM EST, QUOMINUS IN PECULIO ESSET, QUA DE RE INTRA ANNUM, EX QUO LUCIUS FILIUSFAMILIAS E UITA EXCESSIT ATQUE PRIMUM A.° A.° SIUE AD QUEM EA RES PERTINEBAT, EXPERIUNDI POTESTAS FUIT, ACTUM EST, UEL SI QUID IN REM N.ⁱ N.ⁱ PATRIS INDE UERSUM EST, PRAETEREA ETIAM SI QUID DOLO MALO N.ⁱ N.ⁱ PATRIS CAPTUS FRAUDATUSQUE A.ˢ A.ˢ EST, QUANTI EA RES EST, CONDEMNA, S. N. P. A. — *Titt. ff. Quan. de pec. a. ann.* (XV, 2.)

Die *Condemnatio* kann auch beschränkt sein auf *quantum ex ea re in peculio est*, *L.* 4. §. 1. *De aleat.* *L.* 30. *pr.* *De A. E. V.* *L.* 1. §. 4. *L.* 3. §. 12. *L* 21. §. 1. *h. t.*, oder *certo quodam tempore fuit*, *L.* 15. *pr.* *De iudiciis.*

V. *A.° tributoria*, z. B. *praescriptis uerbis.*

EA RES AGATUR, QUOD A.ˢ A.ˢ STICHO SERUO, QUI IN POTESTATE N.ⁱ N.ⁱ EST, QUUM IS SCIENTE N.° N.° DOMINO MERCE PECULIARI NEGOTIARETUR, EIUS MERCIS CAUSSA UINI TARENTINI NOUI AMPHORAS XX. EA LEGE DEDIT, UT SIBI STICHUS SERUUS TRITICI AFRICI BONI MEDIMNOS CL. DARET, Q. D. R. A., QUO NOMINE N.ˢ N.ˢ AB A.° A.° EX EDICTO PRAETORIS IN TRIBUTUM UOCATUS EST, QUICQUID OB EAM REM STICHUM SERUUM, SI LIBER ESSET, A.° A.° DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA, QUANTO EIUS MINUS QUAM EX EDICTO PRAETORIS OPORTEBAT, A°. A°. DE ILLO PECULIO, QUOD IN ILLIS MERCIBUS, QUIBUS STICHUS NEGOTIATUS EST, CONTINETUR, QUODQUE INDE RECEPTUM CONUERSUMUE IN PECULIUM EST, DOLO MALO N.ⁱ N.ⁱ TRIBUTUM EST, TANTI IUDEX N.ᵐ N.ᵐ A.° A.° CONDEMNA, S. N. P. A. — *Titt. ff. De trib. act.* (XIV, 4.)

---

§. 190. Adstipulator.

Wie sich der *Adpromissor* (Bürge, *correus promittendi* u. dgl.) zum Schuldner verhielt, so der *Adstipulator* zum Creditor (*reus stipulandi*). Er stipulirt dasselbe (ein *minus* ist dabei zulässig, aber kein *plus*, — ganz wie bei den Bürgen), wird dadurch accessorischer Creditor, und ist dem principalen Creditor verantwortlich für eingezogene Zahlung oder sonstige Benutzung seines accessorischen Rechtes; er ist Mandatar des Creditor, wie der Bürge in der Regel Mandatar des Debitor ist.

Ein Sclave kann nicht *Adstipulator* sein, ein *Filius-familias* erwirbt als *Adstipulator* seinem Vater nicht, und kann als solcher selbst nur erst dann klagen, wenn er ohne *Capitis deminutio* aus der *Potestas* getreten ist. Das Recht des *Adstipulator* überhaupt vererbt sich nicht.

Die ursprüngliche Hauptbestimmung des *Adstipulator* war sehr wahrscheinlich die, als gerichtlicher und aussergerichtlicher Stellvertreter des *Stipulator* zu dienen, als zur Zeit der *Legis actiones* die Stellvertretung im Process noch so gut wie ganz ausgeschlossen war (*Keller* C. Pr. §. 54. *Puchta* §. 156. N. *c*.). Wie man der civilen Obligation im Ganzen schon bei ihrer Errichtung die Form geben musste, welche zum vorgeschriebenen Wortlaute der *Legis actio* passte (*Keller* a. a. O. §. 88.), so musste der künftige Gehülfe oder Stellvertreter schon bei Errichtung der Obligation als Neben-Creditor betheiligt und dadurch für seine Wirksamkeit im dereinstigen Process befähigt werden. Damit stehen denn auch die erwähnten Bestimmungen betreffend Sclaven und *Filius-familias* in bestem Einklang.

Später freilich, als *Cognitores* und *Procuratores* vollaus anerkannt waren, fiel die erwähnte Hauptbestimmung des *Adstipulator* weg, und da mag denn wohl der einzelne Fall, wo der Creditor *post mortem suam dari* stipulirte, was ungültig war, *Gai.* III, 100., dieser Stipulation aber durch Zuziehung eines *Adstipulator* wenigstens in dessen Person Kraft verschaffte (*Post mortem Titii stipulatoris mihi dare spondes?* vgl. *Vat. Fr.* 57.), aus einer Nebensache zur wirklichen Hauptanwendung des *Adstipulator*, wie *Gaius* III, 117. berichtet (vgl. auch *L. fi. De solutt.*) geworden sein. Da schon schrumpfte derselbe intensiv in die neue Figur des *Solutionis caussa adiectus* zusammen, der nicht selbst stipulirte und nicht Creditor wurde, aber extensiv sich nicht auf die *Obl°. ex stipulatu* beschränkte, sondern bei allen Arten von Vertrags-Obligationen den Zutritt erhielt (u. §. 195.). Auch jene letzte Anwendung des *Adstipulator* musste endlich aufhören, als Justinian die Stipulation *post mortem dari* geradezu für zulässig und gültig erklärte, §. 13. *I. De inut. stip.* vgl. *L.* 11. *L.* 15. *C. De contrah. stip.* (IV, 38.) *L. un. C.*

Ut actionibus (IV, 11.), und so fiel der *Adstipulator* im Justinianeischen Rechte ganz weg.

Das zweite Kapitel der *Lex Aquilia*, dessen Inhalt bis auf unsere Zeit in Folge von §. 12. *I.* und *L.* 27. §. 4. *Ad L. Aquil.* ein viel versuchtes und doch verzweifeltes Räthsel war, regelte, wie *Gaius d.* §. 215. f. angibt, die Verantwortlichkeit des *Adstipulator* für den Fall, da er *pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam faceret*, indem dafür eine *Actio quanti ea res esset* verheissen wurde, was *Gaius* wegen der ohnehin stattfindenden *A. mandati* zwar in der Hauptsache überflüssig findet, aber insofern doch nicht bedeutungslos, als die Klagen *ex lege Aquilia* gegen den *Infitians* auf das Doppelte gehen.

Rudorff, ZSch. f. g. R. W. XIV, S. 385—91 vermuthet, dass jenes *Cap.* 2. im Sinne der *Lex* selbst sich blos auf den *Adstipulator* zu dem *Vadimonium* bei der *Actio ex primo capite* bezogen habe, und dann erst später analoger Weise auf jeden *Adstipulator* überhaupt ausgedehnt worden sei; was doch wohl (vorausgesetzt, dass *Gaius* den Text der *L. Aquilia* kannte) ungefähr eben so schwer zu glauben als die (auf diesem Wege versuchte) Erklärung, wie solche Bestimmung in *d. cap.* 2. *L. Aquiliae* gekommen, anderweitig zu geben ist. Man vgl. auch Huschke *i. l.* — Jedenfalls unrichtig bezieht Walter R. G. §. 761. jenes *cap.* 2. auf den Fall, da der *Adstipulator* das Empfangene vorenthielt.

Unbestimmte Erwähnungen des *Adstipulator* finden sich noch bei *Cic. in Pis.* 9. *qui isto ... aduocato aut adstipulatore paratiorem* (*se*) *fore putaret*, *p. Quinct.* 18. (*uadimonium* ...) *testes tot ... cum adstipulatore tuo comparabuntur*, *Ep. ad Octau. cuius auus fuerit argentarius, adstipulator pater, uterque uero precarium quaestum fecerit;* und eine deutsch-rechtliche Analogie des *Adstipulator* ist ersichtlich in der Zuziehung anderer Personen „zur getreuen Hand" auf Seite des Gläubigers, vgl. z. B. die Quitzows und ihre Zeit, III, S. 214. IV, S. 179. 384. ff. 487.

§. 194. Cession.

Bei den Obligationen ist nicht so wie bei dem Eigenthum, die einseitige substanzielle Veräusserung des Rechts von Seite des Creditor an einen Andern, der dadurch Singular-Successor würde, zulässig, und es gibt zu solchem Behufe keine Rechtshandlungen, welche etwa der *Mancipatio, In iure cessio, Traditio* u. dgl., als Mitteln der Eigenthumsübertragung, entsprächen, *Gai. l. l.* Nach der hiebei zu Grunde liegenden Anschauung gehört die Persönlichkeit des Gläubigers wie des Schuldners wesentlich mit zur Substanz der Obligation, und wie man dem erstern ohne sein Zuthun nicht einen andern Schuldner unterschieben darf, so soll auch der Schuldner nicht in die Gefahr versetzt werden, Einwendungen, welche ihm gegen die Forderung selbst, oder auch nur gegen die Klage daraus, zustehen möchten, gegenüber einem neuen, ohne sein (des Schuldners) Wissen und Willen eingetretenen Creditor zu verlieren.

Nur durch Delegation in ihrer zwiefachen Art (§. 193.) kann die Person des Creditor geändert werden, indem dabei die gedachte Gefahr vollständig beseitigt ist. Die Delegation durch Vertrag nämlich kömmt nur mit Einwilligung des Schuldners zu Stande, *L.* 1. *C. De nouat.* Vgl. *L.* 2. *C. De donat.;* diejenige durch Process aber, welche allein hieher gehört, wird dadurch eingeleitet, dass der bisherige Creditor den beabsichtigten neuen zum *Cognitor* oder *Procurator in rem suam* bestellt, was mit andern Worten *Actionem mandare, cedere,* Cession heisst. Dabei macht es sich von selbst, und wird durch die Form der Klage auf's unzweideutigste ausgedrückt (Keller C. Pr. §. 52. f.), dass der Cessionar nicht ein eignes neues Recht, sondern blos die alte Forderung des bisherigen Creditor geltend macht, mithin dem Schuldner alle Einwendungen, welche er gegen diese selbst hat, vorbehalten bleiben. Selbst wenn ausser der Substanz dieser Forderung in seinen übrigen Verhältnissen zu dem bisherigen Creditor etwas läge, was ihm gegen die Geltendmachung dieser Forderung eine Einwendung (*Exceptio*) verschaffte, so kann er diese vor dem Magistrat geltend machen und erst

nach deren Erörterung und Würdigung die Delegation vor sich gehen lassen, welche durch seine *Litis contestatio* mit dem Cessionar zu Stande kommt. Das rechtliche Gehör und der Entscheid des Magistrats über die Fassung der *Formula* gewährt ihm also hier die Sicherheit, welche er bei der contractlichen Delegation in dem Erfordernisse seiner eignen freien Einwilligung fand.

Das verstand sich nun auch anderseits von selbst, dass von der *Litis contestatio* an dem alten Creditor kein Recht mehr zustand, folglich an ihn nicht mehr gültig gezahlt werden, noch von seiner Person aus irgend ein weiterer Einwendungsgrund gegen die Forderung entstehen konnte, *L.* 55. *De procur.* Sein Forderungs- und Klagerecht vermag jetzt nichts mehr als eine Condemnation des Schuldners zu Gunsten des Cessionars nach Massgabe der ertheilten *Formula actionis* zu bewirken, und ist in dem neuen Rechte des letztern auf eine solche Condemnation als formales Recht eigentlich aufgegangen (Keller C. Pr. §. 61.); dass aber dies bald *ipso iure* bald *per exceptionem* (*rei in iudicium deductae* oder *iudicatae*) vor sich ging, machte der Hauptsache nach keinen Unterschied.

Als im Verlaufe der Zeit die Trennung von *Ius* und *Iudicium* im Civilprocess wegfiel, so musste auch der formelle Verlauf der Cession ein anderer werden. Während bisher das *Mandare actionem* zu einer sachlichen Regulirung des Verhältnisses zwischen Cessionar und *Cessus* durch den Magistrat geführt hatte, und durch die nach vorgängiger Verhandlung zwischen beiden ertheilte *Formula* eine förmliche *Delegatio* zu Stande gekommen war, so behielt es fortan bei der zwischen Cedenten und Cessionar aussergerichtlich abgemachten Cession (*mandare actionem*) lediglich sein Bewenden, der Erfolg dieser Handlung gegenüber dem *Cessus* blieb dem weitern Verkehre unentschieden anheim gestellt, und eine Delegation, welche die Mitwirkung des Schuldners nothwendig voraus setzt, trat jetzt nicht mehr ein.

Als massgebende Grundlage dieser weitern Entwickelung gegenüber dem *Cessus* ist aber der materielle Satz stehen geblieben, dass der Cessionar die ursprüngliche Forderung des *Cedens* geltend macht, folglich sich von dem *Cessus* auch

alle Einwendungen gefallen lassen muss, welche diesem gegenüber dem Cedenten zustanden. Ebenso wurde auch der neuen Litiscontestation, ungeachtet der weggefallenen eigentlichen Delegation, doch der bisherige Erfolg zugeschrieben, dass von ihrem Eintritte an die Zahlung an den Cedenten, so wie jede andere Einwirkung desselben auf die Forderung ausgeschlossen ist. Und dasselbe sollte der Cessionar schon vor dem Process durch die blosse Anzeige an den *Cessus* von der geschehenen Cession erreichen können, wie denn diese Vorkehrung zu gedachtem Zwecke schon zur classischen Zeit für den Cessionar sowohl Veranlassung als Anerkennung gefunden hatte, *L.* 3. *C. de nouatt. L.* 4. *C. Quae res pi. L.* 3. *C. Mandati. L. fi. De transactt.*

Das *Mandare actionem* an sich ist im classischen Rechte, so wie im neuern die Cession überhaupt, eine formlose Handlung, und kann demnach durch jeglichen, selbst stillschweigenden, Consens vor sich gehen. Desto näher lag es da, wo eine wirkliche Pflicht zur Cession Statt fand, *caussa cognita* den Consens sogar ohne oder wider den Willen des Verpflichteten zu suppliren, und die *Actio* dem Berechtigten, gleichwie wenn die Cession geschehen wäre, mittelst Umstellung (Keller C. Pr. §. 32.) als *utilis* zu gewähren, *L.* 1. §. 13. *De tutelae. L.* 2. *C. De O. et A. L.* 8. *C. De her. v. act. uen. L.* 5. *C. Quan. fis. L.* 16. *pr. De pactis. L.* 36. *De fidei.* So werden auch bei geschehener Cession der Forderung die etwaigen Pfandklagen dem Cessionar auch ohne besondere Abtretung gegeben, *L.* 6. *De her. v. act. uen. L.* 6. *L.* 7. *C. De O. et A. L.* 14. *C. De fidei.*, und ohne grössere Schwierigkeit wohl auch die Bürgschaftsklagen, *L.* 23. *pr. De her. v. act. uen.* Dagegen gehen ordentlicher Weise nur die *priuilegia caussae data*, nicht die *personae data* auf den Cessionar über, *L.* 2. *De cess. bo. L.* 24. §. 3. *De reb. auct. iud. L.* 68. *De R. I.*; doch wird den erstern der Rang von Pfandrechten und die *Mora ex re*, wenn solches schon für den Cedenten und unter ihm seine Entstehung gefunden hat, gleichgehalten, *L.* 2. *C. De his qui in pri.* (VIII, 19.). *L.* 43. *De usuris.*

Verboten wurde später die Cession an einen *potentior* bei Strafe des Untergangs der Forderung, damit der *Cessus* nicht die Macht und den Einfluss des Cessionars mehr

zu fürchten habe als das Recht des Cedenten, *LL.* 1. 2. *C. Ne lic. potent.* (II, 14. *Diocl. et Max., Arcad. Honor. Theodos.*); wie denn auch einerseits schon zur classischen Zeit die Cession streitiger Forderungen an den Fiscus untersagt, *Paull.* V, 12, 7. *L.* 22. §. 2. *De I. Fis.*, *L.* 2. *C. Ne fiscus* (II, 18.) *Ed.m Ti. Alex.i* §. 4, in *Haubold Monum. p.* 212., und andererseits von den christlichen Kaisern das Verbot, streitige Sachen zu veräussern, auf die Cession streitiger Forderungen überhaupt ausgedehnt worden war, *LL.* 2—4. *C. De litigiosis* (VIII, 37.). Zuletzt kam noch das Verbot hinzu, Forderungen gegen bevormundete Personen an ihre Vormünder jeglicher Art zu cediren, bei Strafe des Untergangs der Forderung, *N.* 72. *c.* 5.

Das Rechtsverhältniss zwischen Cedenten und Cessionar hängt für manche genauere Bestimmungen von der Art des Rechtsgeschäftes ab, welches der Cession als *Caussa* zum Grunde liegt, wie Kauf, Tausch, Schenkung u. dgl. Allgemein gilt etwa noch der Satz, dass, wenn der Cedent nach der Cession von dem Schuldner Zahlung, oder was für solche geht, angenommen hat, er das Empfangene dem Cessionar herauszugeben verpflichtet ist, *L.* 23. §. 1. *De her. v. act. uen.* Dagegen darf schon die bekannte Regel, dass der Cedent *pro ueritate*, nicht aber *pro bonitate nominis* Nachwährschaft zu leisten habe, nicht als eine allgemeine und absolute aufgestellt werden, *LL.* 4. 5. *eod.* *L.* 30. *De pign.* *L.* 74. §. 3. *De euictt.*

Eine specielle Beschränkung der Cession ist die s. g. *Lex Anastasiana.* Die *L.* 22. *C. Mandati* von K. *Anastasius* verordnet nämlich, dass, wer eine Forderung von dem Creditor für Geld an sich gebracht habe, von dem Schuldner, was auch der Nominalbetrag der Forderung sein möge, nicht mehr fordern könne als sein Ausgelegtes und Zinsen davon. Dabei werden ausgenommen die Abtretungen zwischen Erben und Legatarien behufs der Auseinandersetzung, so wie von einem Schuldner an seinen Gläubiger an Zahlungsstatt, oder von Vindicanten einer Sache (z. B. Pfandgläubiger) an den Besitzer zur Bewahrung des Besitzes.

Da die *L.* 22. *cit.* den Fall der Cession *donandi caussa* ausdrücklich von ihrer Vorschrift ausgeschlossen hatte, so

verfiel man bald behufs Umgehung der Vorschrift selbst auf den Kunstgriff, bei einer unter dem Nominalwerth verkauften Forderung das Geschäft als ein doppeltes darzustellen, nämlich als Kauf, so weit der Preis den Nominalwerth deckte, für den Ueberschuss über den letztern aber als Schenkung. Dieser Umgehung begegnete Justinian in *L.* 23. *eod.* durch die Bestimmung, dass auch bei einem solchen angeblichen Mischgeschäfte der Cessionar, gemäss der Vorschrift der *L.* 22., nicht mehr als sein Ausgelegtes nebst Zins von dem *Cessus* fordern könne. Und in ähnlichem Sinne scheint die *L.* 24. *eod.* (*restituta*, ohne Geltung) noch weiter gegangen zu sein.

Beiläufig mag endlich erwähnt werden, dass die *Lex Anastasiana* in einzelnen deutschen Statuten den Charakter eines Retract- (Zug-) Rechtes des Schuldners gegen den Cessionar angenommen hat.

---

§. 197. Acceptilatio.

Titt. ff. et *C. De acceptilatione* (XLVI, 4. VIII, 44.).

Die *Acceptilatio* ist die umgekehrte *Stipulatio*, liberirend anstatt obligirend, z B. *Quod ego tibi promisi habesne acceptum? Habeo*, *Gai. d.* §. 169. *L.* 6. *h. t.*, oder *Accepta facis decem? Facio*, *L.* 7. *h. t.*, oder *Quod tibi decem* (*Stichum*) *promisi habesne accepta* (*acceptum*)? *Habeo*, *L.* 15. *h. t.* oder auch *Ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; Ἔχω λαβών*, *d.* §. 1. *I.*

Wie die Stipulation, so kann auch die Acceptilation mit oder ohne wirkliche Leistung vor sich gehen: ersteres fand wohl mehr in älterer Zeit Statt, letzteres später, als die Erfüllung als absolute und von aller Form unabhängige Tilgung jeder Obligation zu fester Anerkennung gelangt war (§. 195.), womit die Quittung (*apocha*) als blosse Beweisform sich von der Solemnitätsform, der *Acceptilatio* schärfer abschied, *L.* 19. §. 1. *h. t.* (*Ulp. Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omnimodo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit, apocha non alias quam si pecunia soluta sit.*) Vgl. *L.* 107. *De solutt.*

Gemäss der Regel des *Contrarius actus*, *L.* 35. *De R. I.*, *L.* 80. *De solutt.* (u. §. 198.) fand die *Acceptilatio* nur bei *Obl.*° *uerbis contractae* Statt, *L.* 8. §. 3. vgl. *L.* 13. *pr. h. t.* (*Ulp. Et per iusiurandum liberti interpositam operarum obligationem per acceptilationem tolli uerius est*, o. §. 117., u. §. 254.); womit aber nicht ausgeschlossen war, dass dieselbe von dem Bürgen für sich vollzogen, *per subsequens* auch den *Debitor ex alia caussa* (nicht *uerbis*) *iam obligatus* liberirte, *L.* 13. §. 7. *L.* 16. §. 1. *h. t.* vgl. *L.* 13. §§. 8. 9. *eod.* Als *imaginaria solutio* lässt die *Acceptilatio* weder *Condicio* noch *Dies* zu, *LL.* 4. 5. *h. t.* *L.* 77. *De R. I.*, *Vat. Fr.* 329., was aber nicht hindert, eine bedingte Forderung zu acceptoferiren, obgleich die Wirkung davon erst *existente condicione* eintreten kann, *LL.* 12. 21. *h. t.*, *d. L.* 77. u. §. 329. (desswegen wird auch in *L.* 72. *De fidei.* der Schuldner durch die Acceptilation des Bürgen nicht frei, weil die Bürgschaft selbst durch des letztern Tod, nicht durch die Acceptilation, ihr Ende fand.) Auch sonst kann die Wirksamkeit einer *Acceptilatio in pendenti* sein, *L.* 11. §. 3. *h. t.* Wenn übrigens die *Acceptilatio* etwa *mortis caussa* geschieht, so wird sie dadurch weder *explicite* noch *implicite* zu einer bedingten, sondern blos die *Condictio*, *L.* 24. *L.* 35. §. 6. *De mor. ca. do.* — Die *Acceptilatio* kann activ (*rogando*) durch keinen freien Stellvertreter, sondern nur durch *subiectae personae* (auch durch Sclaven, was mit dem Satze in Verbindung gebracht wird, dass die *Acceptilatio* dem *Ius gentium* angehöre), passiv aber (*ferendo*) nicht ein Mal durch diese geschehen, *L.* 8. §§. 1. 2. 4. *L.* 11. *L.* 13. §. 10. *L.* 22. *h. t.* (vgl. die interpolirte *L.* 3. *eod.*); doch kann sich jener einer- oder anderseits durch *Nouatio* (o. §. 193.) die Möglichkeit verschaffen, *d.* §. 10.

Durch *Nouatio* kann auch das objective Hinderniss bei Obligationen, die anders als *uerbis* entstanden sind, beseitigt werden, *Gai. d.* §. 170., und vermittelst dieser Auskunft kam des weitern das Formular von *C. Aquillius Gallus* zu Stande, in welchem die *Acceptilatio* zur umfassendsten Generalquittung vorbereitet und nutzbar gemacht wird, und welches, von Novation zu Liberation fortschreitend, nach der beinahe gleichlautenden Ueberlieferung in *L.* 18. §. 1. *h. t.* (älter) und *d.* §. 2. *I.* (moderner) so lautet:

QUICQUID TE MIHI EX QUACUNQUE CAUSSA DARE FACERE OPORTET OPORTEBIT, PRAESENS IN DIEMUE; QUARUMQUE RERUM MIHI TECUM ACTIO, QUAEQUE ADUERSUS TE PETITIO, UEL ADUERSUS TE PERSECUTIO EST ERITUE; QUODUE TU MEUM HABES, TENES, POSSIDES (POSSEDISTI DOLOUE MALO FECISTI QUOMINUS POSSIDEAS): QUANTI QUAEQUE EARUM RERUM RES ERIT, TANTAM PECUNIAM DARI STIPULATUS EST AULUS AGERIUS, SPOPONDIT NUMERIUS NEGIDIUS. QUOD N.ˢ N.ˢ A.° A.° SPOPONDIT, ID HABERETNE A SE ACCEPTUM, N.ˢ N.ˢ A.ᴹ A.ᴹ ROGAUIT, A.ˢ A.ˢ N.° N.° ACCEPTUM FECIT.

Ob eine Forderung blos zum Theil acceptoferirt werden könne, gibt *Gaius d.* §. 172. als eine Streitfrage an; bald nach ihm scheint man sich aber für die Bejahung entschieden zu haben, *d.* §. 1. *I.*, und zwar sowohl bei Summen als bei *Species* und *Res incorporales*, wenn nur überhaupt die Theilung (reell oder ideell) möglich ist, *L.* 9. *h. t. Ex nummis* X., *quos tibi promisi*, V. *habesne acceptos?* Oder *Quod ego tibi promisi, id pro parte dimidia habesne acceptum? L.* 10. *h. t.* (*homo*) *L.* 13. §. 1. *eod.* (*ususfructus*, aber nicht Prädial-Servitut). Auch muss es ein wirklicher Theil sein, wofür es nicht gilt, wenn eine Sache geschuldet und der *ususfructus* oder *uia* oder (bei einem stehenden Gebäude) die Balken, Fenster u. dgl. oder die *Clausula doli* acceptoferirt wird, oder wenn *Via*, das *Iter* oder *Actus* (wohl aber beides, denn *Via* ist *Ius eundi agendi*, o. §. 73.), *d.* §. 1., auch §§. 2. 5. *ib.*; während zulässig befunden wurde, den *usus ex usufructu debito* zu acceptoferiren, §. 3. *ib.* (Keller C. Pr., N. 1101.) oder die *Clausula ob rem iudicatam* ohne diejenige *defensum iri* und *de dolo*, welche aber mit untergehen, *L.* 10. *h. t.*, oder *Stichum* aus genereller *Stip.° hominis* §. 4. *ib.*, nicht aber *Stichum aut decem*, wenn *decem* ohne Alternative *in obligatione* war, *arg.* §. 6. *ib.* Aus welchem allem zusammen genommen ersichtlich ist, dass es mit dem in *L.* 14. *h. t.* ausgesprochenen und in *L.* 8. §. 4. *eod.* (wonach der Vater ungeachtet etwaiger prätorischer Verpflichtung die Schuld des *Filiusf.ˢ* nicht *accepto* rogiren kann) angewandten Satze, dass die Worte der *Acceptilatio* den Inhalt der zu lösenden *Verborum obligatio* richtig und im Ausdrucke entsprechend bezeichnen müssen, wenigstens der Form, wenn auch nicht der Sache, nach allmälig weniger strenge genommen wurde.

Die Wirkung der Acceptilation ist vollständige substanzielle Aufhebung der Obligation, *ipso iure*, ganz gleich der Zahlung; blos einseitige subjective Beziehung (auf einen einzelnen Schuldner oder Gläubiger) ist dort so wenig möglich als hier, *L.* 16. *pr. L.* 5. *L.* 13. §§. 7. 12. *h. t*, *L.* 7. §. 1. *L.* 29. *De lib. leg. L.* 2. *De duo. re.* (*n. o. L.* 2. §. 3. *De V. O.*, vgl. *L.* 10. *h. t.*); und wenn Ulpian in *L.* 5. §. 1. *De don. int. V. et V.* für den Fall, da *A.*, um seiner Frau, die ihm schuldet, zu schenken, ihrem *correus Titius* acceptoferirt, dadurch wohl diesen, nicht aber jene liberirt werden lässt, so liegt darin nicht der Gedanke blos relativer Wirksamkeit einer vollgültigen Acceptilation, sondern vielmehr der einer blos relativen Gültigkeit der Acceptilation selbst, zu welcher Auffassung das einschlagende Schenkungsverbot allerdings eine nähere Veranlassung bot als in dem Falle der *L.* 29. *De lib. leg.* die Regel der Incapacität.

Uebrigens vermag eine ungültige Acceptilation, wenn dabei wenigstens der Consens zur Liberation sich in Ordnung befindet, doch noch als *pactum de non petendo* zu wirken, *L.* 8. *pr. L.* 19. *pr. h. t*, *L.* 27. §. 9. *De pactis*, ja bei zweiseitigen Obligationen kann, so lange keiner von beiden erfüllt hat (*re integra*), sogar durch einseitige Acceptilation die Befreiung beider bewirkt werden, *L.* 23. *h. t. L.* 5. *pr. De rescin. uen*, vgl. *L.* 56. *De pactis*, u. i. A. *L.* 58. *eod. L.* 50. *De A. E. V.*

---

§. 204. Voraussetzungen und Hindernisse der Ehe.

d. ll. u. *Titt. ff. De R. N.* (XXIII, 2.) *C. De nuptiis*, *De incest. et inut. nup.*, *De interd.º mm.º int. pup.*, *Si quacun. praed. pot.*, *Si nup. ex rescr.º* (V, 4—8.). — *Ulp.* V, 2—7. *Paul.* II, 19. *Coll. LL. Mos. et Ro.* 6.

Die Voraussetzungen der Ehe sind theils absolute theils relative, je nachdem sie sich auf die Beschaffenheit jedes Menschen, der als Ehegatte gedacht werden soll, beziehen, oder aber auf das Verhältniss zwischen den zwei bestimmten Personen, welche mit einander die Ehe eingehen sollen.

A. Absolute Voraussetzungen sind *a*) Pubertät, *pr. L.*

h. t., *masculi* . . *puberes*, *foeminae* . . *uiripotentes*, *Ulp.* V, 2., (o. §. 19.), und *b*) lediger Stand, *Gai. d.* §. 63. Mehrfache Ehe (Bigamie) hatte neben der Ungültigkeit der spätern Ehe die Infamie zur Folge (o. §. 15.), *L.* 1. *De his qui not.* (*qui suo nomine non iussu eius, in cuius potestate esset, eiusue nomine, quem quamue in potestate haberet, bina sponsalia, binasue nuptias in eodem tempore constitutas habuerit*), dann auch Criminalstrafe, *L.* 2. *C. De incest*, *L.* 18. *C. Ad. L. Iul. de adult.* (IX, 9.) Das Trauerjahr war kein Ehehinderniss, obgleich seine Verletzung Infamie (o. §. 15.) und andere Nachtheile (u. §. 220.) nach sich zog.

Natürliche Unfähigkeit zur Zeugung (*spadones*, *frigidi*, *hermaphroditi*) schliesst die Ehe nicht aus, wohl aber künstliche (*castrati*, *thlibii*, *thlasii*), jene mehr ein unantastbares geschlechtliches Geheimniss, diese ein in dem gesammten *habitus corporis* zu Tage tretender Scandal, *L.* 39. §. 1. *De I. D.*, vgl. *L.* 128. *De V. S.*, *L.* 6. *De lib. et post. L.* 14. §. 1. *De man. uind. Val. M.* VII, 7, 6. (*L.* 4. §. 2. *LL.* 5. 6. *Ad L. Corn. de sic. L.* 6. §. 2. *L.* 7. *De aedil. ed. Gai.* I, 103. u. a., auch *Tit. C. De eunuchis*, IV, 42.)

B. Relative Voraussetzung ist die Abwesenheit folgender Hindernisse:

a) Verwandtschaft in den nächsten Graden. In solcher stehen vorerst alle Ascendenten und Descendenten, ohne Unterschied zwischen Cognation, Adoptivverwandtschaft und Affinität (u. §. 240.), auch ohne Rücksicht auf Fortbestand oder Wegfall der beiden letztern, *Gai. d.* §§. 59. 63. *L.* 1. §. 3. *De concub.* Dann die Seitenverwandten (*cognati*) der beiden nächsten Grade, d. h. des zweiten und dritten, ausgenommen das Verhältniss des Oheims zu seiner Bruderstochter (*Claudius* und *Agrippina*, *Tac. A.* XII, 5 — 7. *Sueton. in Clau.* 26.); dabei ist zwischen voll- und halbbürtigen Geschwistern kein Unterschied, und so weit die Ehe mit Neffen oder Nichten verboten ist, ist sie es auch mit deren Descendenten (*respectus parentelae*), *L.* 39. *pr. De R. N.* Die Adoptivverwandtschaft gilt so lange der Blutsverwandtschaft gleich, als die Agnation dauert, wogegen die Affinität in der Seitenlinie kein Ehehinderniss bewirkt; *d. ll. Ulp.* V, 6. *L.* 39. *De R. N.* Erst die christlichen Kaiser verboten auch die Ehe mit

der Frau des Bruders und mit der Schwester der Frau, *LL.* 2. 4. *C. Th. De incest.* (III, 12. von *A.* 355 u. 415.) *L.* 5. *C. eod.* (V, 5.) (über die ältere Zeit vgl. mit *Dion. Hal.* IV, 79. u. *Gai. epit.* I, 4, 7. dessfalls *Gai. d.* §. 63. und *Plutarch. in M. Crasso* 1.)

In älterer Zeit scheint die Blutsverwandtschaft, wenigstens der Sitte nach, selbst in weitern Graden, namentlich *inter sobrinos*, der Ehe entgegengestanden zu haben, *Tac.* XII, 6. *noua nobis in fratrum filias coniugia: sed aliis gentibus solennia nec lege ulla prohibita; et sobrinarum, diu ignorata, tempore addito percrebuisse.* — Unter den christlichen Kaisern wurde erst die Ehe mit der Bruderstochter den übrigen des dritten Grades durch neues Verbot wieder gleich gestellt, *LL.* 1. 3. *C. Th. De incest.* (von *A.* 339. u. 396.) *L.* 9. *C. eod.*, dann aber auch die Ehe zwischen *Consobrinis* verboten, *Aur. Victor Epit.* 48, 10. (*Theodosius*) *tantum pudori tribuens et continentiae, ut consobrinarum nuptias uetuerit, tamquam sororum, d. L.* 3. *C. Th.*; welches letztere Verbot aber keinen Bestand hatte, *L.* 1. *C. Th. Si nup. ex rescr.* (III, 10., von *A.* 409.) *L.* 19. *C. De nup.* (von *A.* 405.) §. 4. *I. h. t.* Dass solche Ehe auch in der mittlern classischen Zeit erlaubt war, zeigen die Beispiele von *M. Antonius, Plutarch. in Ant.* 9., Mark Aurel, *Capitolin. in Mar.* 1. u. a. m., *Cic. p. Clu.* 5., vgl. *L.* 3. *h. t. Ulp.* XVI, 1.; was man immer von folgender Erzählung bei *Plutarch. Qu. Rom. p.* 76. (*Reiske*) halten möge: ἀνὴρ ... ἐπίκληρον ἀνεψιὰν ἔχειν ἔδοξε καὶ πλουτεῖν ἀπ᾽ αὐτῆς· ἐπὶ τούτῳ δὲ γενομένης αὐτοῦ κατηγορίας, ὁ δῆμος, ἀφεὶς τὴν αἰτίαν ἐλέγχειν, ἔλυσε τὸ ἔγκλημα, ψηφισάμενος πᾶσιν ἐξεῖναι γαμεῖν ἄχρις ἀνεψιῶν, τὰ δ᾽ ἀνωτέρω κεκωλύσθαι. Vgl. Dirksen Civ. Abh. I, S. 310. Zimm. §. 150.

Alle in den verbotenen Verwandtschaftsgraden eingegangenen Ehen waren *incestae et nefariae*, mithin auch *iure gentium* ungültig, und die darin erzeugten Kinder reine *spurii*, wie bei der Doppelehe, *Gai. d.* §. 64. *Ulp.* V, 7. *Sueton. l. l.* (*coniugia cum fratris filia*), *quae ad id tempus incesta habebantur. Cic. p. Clu.* 5, 14. *nubit genero socrus, nullis auspicibus, nullis auctoribus, funestis ominibus omnium* (*Larini*).

Erst seit der *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (R. G. §. 161.) war die Ehe zwischen *Ingenuis* und *Libertinis* als *iustum matrimonium* statthaft, *Dio C.* LIV, 16. LVI, 7., vgl. *Liu.* XXIX, 19. *SC... uti... Fecenniae... ingenuo nubere liceret, neu quid ei, qui eam duxisset, ob id fraudi ignominiaeue esset*; nur für Senatoren und deren *Liberi* blieb sie als solches ausgeschlossen, *Ulp.* XIII, 1. XVI, 2. *L.* 44. *pr. h. t.* und wurde durch ein *SC.* unter M. Aurel für ganz nichtig erklärt, *L.* 16. *pr. L.* 27. *L.* 34. §. 3. *h. t. L.* 16. *De spons. L.* 3. §. 1. *De don. int. V. et V.*, *L.* 9. *De senat.* vgl. *L.* 1. *pr. De concub.* Justinian hob diese Beschränkung stufenweise auf, *L.* 28. *C. De nup.*, *N.* 78. *c.* 3. *N.* 117. *c.* 6.

Die *Lex Iulia* verbot den Senatoren und deren *Liberi* auch die Ehe mit Schauspielerinnen und Töchtern von Schauspielern, so wie mit *corpore quaestum facientes*, *Ulp.* XIII, 1; allen *Ingenui* aber die Ehe mit *lena*, auch *a lenone lenaue manumissa*, ferner *in adulterio deprehensa*, so wie *iudicio publico damnata* und mit Schauspielerinnen, u. dgl., *Ulp.* XIII, 2. XVI, 2. *LL.* 43. 44. 49. *h. t.*, und seit M. Aurel waren auch solche Ehen, von senatorischen Personen geschlossen, ganz nichtig, *L.* 42. §. 1. *h. t. L.* 1. *C. De nat. lib.* (V, 27.) *L.* 7. *C. De incest. Nou. Martiani Tit.* 4. *De matrim. senat.* — Justinian aber hob erst die Beschränkung der Ehe mit Schauspielern auf (*Theodora*, s. *Gibbon* VII. *ch.* 40.), *LL.* 23. 29. *C. h. t. L.* 33. *C. De episc. aud.* (I, 4.), dann alle jene auf Infamie gegründeten Beschränkungen, *N.* 117. *c.* 6.

Unter besondern Gesichtspunkten war sodann die Ehe verboten:

a) des Tutor oder Curator (nebst Sohn, Enkel u. s. w.) mit seiner Mündel vor deren vollendetem 26sten Jahre, sofern nicht schon des Vaters Wille dafür ausgesprochen war (*a patre desponsa uel destinata uel testamento denominata*), gemäss einem *SC.*, *L.* 7. *pr. Ad L. Iul. de adult. LL.* 59. 60. 62. 64. 66. 67. *h. t. Tit. C.* V, 6. *cit.*

b) der Provinzialbeamten und ihrer Söhne, Enkel u. s. w. mit Provincialinnen, nach *Mandatis Principum*, *L.* 38. *L.* 57. *pr. LL.* 63. 65. *h. t. L.* 3. §. 1. *De don. int. V. et V.*, *L.* 6. *C. De nup. L. un. C. Si quacunque.*

c) zwischen Personen, welche *Adulterium* mit einander

begangen haben, *N.* 134. *c.* 12.; vorher war die Eingehung der Ehe mit einer verurtheilten oder doch bereits angeklagten *adultera* zwar für Jeden (nicht blos für den *adulter*) mit Strafe bedroht, aber nicht ungültig, *L.* 26. *L.* 34. §. 1. *h. t.* *L.* 1. §. 2. *De concub.* *L.* 29. §. 1. *Ad L. Iul. de adult.* *L.* 9. *C. eod.* Weiter schloss das spätere Recht auch die Ehe zwischen Entführer und Entführter aus, *L. un.* §. 1. *C. De rap. uirg.*, (IX, 13.) *LL.* 1—3. *C. Th. eod.* (IX, 24.), so wie

d) die Ehe der *Patrona* mit dem *Libertus*, *Nov. Anthemii Tit.* 1. *De mulieribus*, einer freien Frau mit einem fremden *Colonus* (u. § 252.), *N.* 22. *c.* 17., zwischen Christen und Juden, *L.* 6. *C. Th. et Iust. De Iudaeis* (XVI, 8. I, 9.), zwischen Römern und Heiden oder Barbaren, *L. un. C. Th. De nupt. gentil.* (III, 14.)

Von den aufgezählten Ehehindernissen war, so weit es die physischen und sittlichen Naturgesetze zuzulassen schienen, im einzelnen Falle Dispensation zu erlangen, in älterer Zeit durch den Senat (halbe Beispiele: *Liu.* XXXIX, 19. *Plutarch. in M. Anton.* 31.), später durch den Kaiser, *L.* 31. *h. t.* (*Senator* mit *Libertina*), *L.* 28. *C. De nup.* (Schauspielerinnen) *L.* 7. *C. De interd. matr.* (Vormund) *L.* 1. *C. Th. Si nup. ex rescr.* (*Consobrini*). *L.* 2. *C. eod.* *L.* 9. *C. De incest.* (Grenze der Dispensation). Vgl. Dirksen über die Dispensation von Eheverboten, in s. Civ. Abhandlungen I, 4. S. 209. ff.

Die Fähigkeit zu *iustum matrimonium*, vorzüglich die relative, heisst *Connubium*, *Ulp.* V, 3—6. *Gai. d.* §§. 56. 57. 59.

---

§. 208. Coemptio.

Das Wesen der *Coemptio* bestand in einer Mancipation zwischen der Frau und dem Manne, durch welche er sie empfing und sie selbst sich gab. *Gai. d.* §. 113.; doch unterschied sich die Form dieser Mancipation in bestimmter, aber nicht genau ersichtlicher Art von derjenigen einer freien Person *in mancipium* oder eines Sclaven, *Gai. d.* §. 123., vgl.

Isidor. u. Der Mancipation gehen als *Lex mancipii* gegenseitige Fragen und Antworten voraus, durch welche das eheliche Verhältniss gleichsam als *caussa mancipationis* festgestellt wird. *Seru. ad Aen.* IV, 214. ... *sese (in) coëmendo uir et uxor interrogabant, uir ita: an mulier sibi materfamilias esse uellet? illa respondit, uelle. Item mulier interrogabat: utrum uir sibi paterfamilias esse uellet? ille respondebat, uelle. Itaque mulier in uiri manum conueniebat, et uocabantur hae nuptiae per coemptionem, et erat mulier materfamilias uiro loco filiae;* und fast wörtlich gleich *Boeth. ad* 3. *Top.* 14. (*Or. p.* 299.), nur mit dem Zusatze: *quam solennitatem in suis Institutis Ulpianus exponit.*

War die Frau *filiafamilias*, so bedurfte sie der *auctoritas* des Vaters, *Coll. LL. Mos. et Ro.* IV, 2, 3. u. 7, 1. (*Paul.* .... *occidendi* . . *facultatem lex tribuit eam filiam, quam habet in potestatem, aut (quae) eo auctore in manum conuenit,* u. a.), war sie *sui iuris*, derjenigen der Tutoren, *Gai. d.* §. 195. *Cic. p. Flac.* 34. *in manum, inquit, conuenerat* (*Valeria*) .... *Coemptione? omnibus ergo (tutoribus) auctoribus.*

Unbestimmte Erwähnung der Form der *Coemptio* findet sich bei *Cic. de Or.* I, 56., *p. Mur.* 12, 27 . . . *uerba (ICti) tenuerunt: ut, quia in alicuius libris exempli caussa id nomen inuenerant, putarunt, omnes mulieres, quae coemptionem facerent, Caias uocari;* wozu in ungewisser Beziehung stehen *Val. M.* X. *extr.*: . . . *institutum* . ., *ut nouae nuptae ante ianuam mariti interrogatae, quaenam uocarentur, Caiam esse se dicerent Caii Titii,* und *Plutarch. Qu. Ro. p.* 99. (*Reiske*) *διὰ τί τὴν νύμφην εἰςάγοντες λέγειν κελεύουσιν· Ὅπου σὺ Γάϊος, ἐγὼ Γαΐα· rel.*

Wenn sodann aber *Seruius ad Georg.* I, 31. angibt, dass die *Coemptio* in einem gegenseitigen Kauf von Mann und Frau bestehe, . . . *antiquum nuptiarum* . . *ritum, quo se maritus et uxor inuicem coëmebant, sicut habemus in iure,* vgl. *ad. Aen.* IV, 103. *coëmptio* . . *est, ubi libra atque aes adhibetur, et mulier atque uir in se quasi emptionem faciunt;* und ebenso *Isidor. Or.* V, 24. s. *fi. antiquus nuptiarum erat ritus, quod se maritus et uxor inuicem emebant, ne uideretur ancilla uxor, sicut habemus in iure;* so scheint

dabei in der That nur ein Missverständniss der oben von *Servius* angezogenen Stelle aus Ulpian's Institutionen, in welcher man anstatt des *sese interrogare* irrig ein *sese coëmere* erblickte, zum Grunde zu liegen (über *Varro* bei *Nonius p.* 531. s. §. 211.); wie denn anderseits Lachmann zu *Lucret.* II, 1061. wohl etwas zu weit geht, indem er *coëmere* als identisch mit *comere* (*ib.* III, 845. *comptu coniugioque Corporis atque animae*, u. a.), dem Begriffe des Kaufes (*emere*) ganz fremd glaubt, und, indem er zugibt, dass die *Coemptio* durch eine *Mancipatio* geschehe, doch läugnet, dass *mulier, cum coëmptionem faciebat, a coëmptionatore mancipio accipiebatur.*

Die Meinung Böcking's, dass die *Mulier sui iuris* nicht sich selbst, sondern ihr Vermögen *mancipio* gegeben habe, die *filiafamilias* aber von ihrem Vater *mancipio* gegeben worden sei, wird von Walter §. 480. triftig widerlegt.

Die *Coemptio* wird von *Gaius l. l.* als eine fortbestehende Rechtshandlung besprochen.

Uebrigens brachte es die Cautelar-Jurisprudenz in der spätern Zeit der Republik auf, dass die *Coemptio* auch zur Begründung einer *Manus* benutzt werden konnte, welche gar keine Ehe in sich begriff, sondern nur eine dem Formal-Charakter nach ähnliche Gewalt über das betreffende Frauenzimmer begründete, wodurch sie fähig wurde, an einen Dritten mancipirt und von diesem sodann manumittirt zu werden. An die Stelle der auf die Ehe bezüglichen Worte trat bei dieser *Coemptio* das *Pactum fiduciae* (als *lex mancipii*) mit dem *Coemptionator*, und es blieben bei dieser *Coemptio fiduciae caussa* (*non matrimonii caussa*) diejenigen materiellen Folgen der *Manus*, welche diese sonst vor dem *Mancipium* voraus hat, namentlich das *Filiae loco esse*, weg. Mit dem wirklichen Ehemann fand aber eine blosse *Coemptio fiduciae caussa* nicht Statt. *Gai. l. l.* Als solche anderweitige Zwecke der *Coemptio*, um welcher willen sie *fiduciae caussa* zu geschehen pflegte, werden bezeichnet: 1°. *Tutelae evitandae caussa* (u. §. 266.), 2°. *Testamenti faciendi gratia* (u. §. 282.), 3°. *Sacrorum interimendorum caussa* (R. G. §. 35.). *Gai. l. l.*

§. 215. Die Vermögensverhältnisse bei Aufhebung der Ehe.
I. *Dos*.

A. Wenn die Frau in der Ehe stirbt, so steht

a) für die *Dos profectitia* dem Besteller (o. §. 212. und vergl. *L*. 79. *De I. D. L*. 6. *De collat. L*. 4. *C. Sol. matr.*), nicht aber dessen Erben (auch ohne Rückfall von *Auus* auf *Pater*, *d. L*. 79. *pr*.), die Rückforderung (*ut filia amissa solatii loco cederet*, *L*. 6. *pr. De I. D.*) zu, doch mit Abzug eines Fünftheils für jedes Kind, *Ulp*. 6, 4. *Vat. Fr*. 108.; vorbehältlich vertragsmässiger Bestimmungen zu Gunsten des einen oder andern Theiles, bei welchen es dessfalls lediglich bewendet; *LL*. 9. 12. *pr*. 23. 24. (dazu vergl. *L*. 1. §. 1. *L*.7.) *LL*. 25. 26. *pr*. §§. 1. 2. 5. *L*. 30. *De pac. do. LL*. 10. 48. 59. *Sol. matr. L*. 17. *De SC. Mac. L*. 71. *De evictt. L*. 5. §. 13. *De I. D. L*. 6. *C. De pac. conv.*

b) Die *Dos adventitia* dagegen (abgesehen von der *receptitia*, welche ihrem Vorbehalte folgt, *L*. 22. *pr. L*. 29. §. 1. *Sol. matr. L*. 31. §. 2. *De mor. ca. do.*) bleibt dem Manne, *Ulp*. VI, 5. *Vat. Fr*. 100. (wonach aber die *Dos dicta necdum data* nicht etwa noch eingefordert werden kann). *Val. M*. VII, 7, 4. *L*. 5. *pr. De bo. dam. L*.18. §. 1. *Ut legat.*, *L*. 50. *pr. L*. 62. *De I. D.* und bildet gleichsam sein eheliches Erbtheil. Erst Justinian gab den Erben der Frau die Rückforderung, *L. un*. §§. 4. 6. 13. *C. De R. V. A.*

B. Wurde die Ehe durch den Tod des Mannes oder durch Scheidung aufgelös't, so fiel die *Dos* an die Frau zurück, *Polyb*. 18, 18. 32, 8. (*Dos* von *L. Aemilius Paullus*) *Ulp*. 6, 6. *Vat. Fr*. 122. *L*. 2. *pr. Sol. matr.*, doch unter folgenden nähern Bestimmungen:

1°. Die Rückforderung steht den Erben der Frau nur dann zu, wenn bei deren (nach beendigter Ehe erfolgtem) Tode anderseitig bereits *mora* eingetreten war, *Ulp*. 6. 7. *Vat. Fr*. 95. 112. *L*. 57. *Sol. matr.*, trägt aber dann den gewöhnlichen Charakter, *L*. 27. *Sol. matr.*

2°. War die Frau *filiafamilias*, so fällt die Rückforderung an sie und den Vater in der Art gemeinsam, dass dieselbe zwar

zunächst dem Vater zusteht, aber von ihm nur mit Zustimmung der Tochter (*adiuncta s. adiecta filiae persona*) durch Klage, Zahlungsannahme oder wie immer realisirt werden kann, *Ulp.* 6, 6. *Vat. Fr.* 269. *LL.* 24. 28. *De I. D.* und falls die letztere vor durchgeführter Klage *sui iuris* wird, von selbst ihr allein zukömmt, *L.* 2. §§. 1. 2. *L.* 31. §. 2. *L.* 42. *pr. L.* 44. *L.* 49. §. 1. *L.* 66. §. 2. *Sol. matr. L.* 7. *C. eod. L. un.* §. 14. *C. De R. V. A.*

3°. Wenn die Scheidung von der Frau *sui iuris* oder von dem Manne *in fraudem* des Vaters erklärt wird, um die *dos profectitia* dem Manne, beziehungsweise den Erben der Frau zuzuwenden, so bleibt dem Vater die Rückforderung gleichwie wenn die Frau in der Ehe gestorben wäre, *L.* 5. *De diuort. L.* 59. *Sol. matr. L.* 3. *C. De repud.*; welche letztere Gleichstellung auch zu Gunsten des Mannes dann eintritt, wenn die Frau *poenae serua* wird, oder Capitalstrafe ohne *publicatio dotis* erleidet, *LL.* 3 — 5. *pr. De bo. dam.* (über *deportatio* s. §. 1. *ib. L.* 56. *Sol. matr. L.* 1. *C. De repud.*) Wenn der Mann die Frau umbringt, so gebührt die *dos*, sofern sie sonst beim Tode der Frau ihm zufiele, nunmehr ihren Erben, *L.* 10. §. 1. *Sol. matr.*

4°. Die *Dos* verfiel in ihrem fungibeln Bestande zur Rückzahlung wie zur Einzahlung (o. §. 212.) *annua, bima, trima die*, für das übrige sogleich, *Ulp.* 6, 8., vgl. *L.* 24. §§. 2. 3. *L.* 60. *L.* 66. §. 5. *Sol. matr. L.* 43. §. 1. *De I. D.* Die Fristen sind aber durch *L. un.* §. 7. *C. De R. V. A.* dahin abgeändert, dass Grundstücke zwar, wie bisher, sogleich, alles übrige dagegen binnen Jahresfrist zurück gegeben werden solle.

5°. Bei der Zurückgewährung der *Dos* konnten nach dem klassischen Eherecht verschiedene Abzüge (*retentiones*) eintreten, welche Justinian in §. 5. *d. L. un.* als solche alle aufhob; namentlich *propter liberos, propter mores, propter impensas, propter res donatas* und *amotas*, *Ulp.* 6, 9. *L.* 2. *C. Th. De dotibus* (3, 13.) §. 37. *I. De action.*

Wenn nämlich *a*) die Scheidung durch Schuld der Frau oder ihres Vaters (o. §. 214.) eingetreten war, so fand *Retentio* eines Sechstheils für jedes aus der Ehe vorhandene Kind, doch niemals über die drei *sextae*, Statt, *Ulp.* VI, 10.

Vat. Fr. 105—107. 120. f. Diese *Retentio propter liberos* konnte einerseits in beliebigem Maasse für jeden Fall der Scheidung, auch abgesehen von *Culpa*, zum voraus bedungen werden, und fiel dann nur wegen *Culpa* auf des Mannes Seite weg *d.* §. 106. f. 120.; während anderseits eine vorgängige Veränderung der Strafe culposer Scheidung unzulässig war, *L.* 19. *De V. O.* — Ueberhaupt vgl. weiter *Cic. Top.* 4, 19. f., und dazu *Boethius; Quinctil.* VII, 4, 11.; auch *L.* 11. §§. 3. 13. *Ad L. Iul. de adult. LL.* 38. 47. *Sol. matr. L.* 8. *De captiu. L.* 24. *C. De I. D., L.* 2. §. 2. *C. Th. De repud.* (III, 16.) *Nou. Theod. Tit.* 12. *eod. Tit.* 14. *De pat. bon.*, §. 4.

b) Wenn die Frau durch schweres Vergehen die Scheidung verschuldet hatte, so konnte sie nach altem Rechte an der *Dos* bis auf das Ganze bestraft werden, *Val. M.* VIII, 2, 3. *Plutarch. in Mario* 38. *Gell.* X, 23. *Plin. H. N.* XIV, 13, 14. *Cn. Domitius iudex pronunciauit, mulierem uideri plus uini bibisse quam ualetudinis caussa, uiro insciente, et dote* (d. h. an der *dos*) *mulctauit.* Zur classischen Zeit wurde ihr wegen *Mores grauiores* (nur noch *adulterium*) ein Sechstheil, wegen anderer Unsitte (*mores leuiores*) ein Achttheil abgezogen, *Ulp.* VI, 12. Wegen *Mores* wurde aber auch der Mann gestraft, und zwar mit Verlust aller Termine für Rückzahlung der fungibeln *Dos*, beziehungsweise aller bis auf einen sechsmonatlichen, bei der nicht fungibeln mit einem analog berechneten Aequivalent an Früchten. das. 13. (wie dabei gleiche Strafe für Mann und Frau heraus kam, s. oben S. 83. f.) Beiderseitige Unsitte hebt sich auf, *L.* 39. *L.* 47. *Sol. matr.* Durch vorgängigen Vertrag konnten übrigens diese Strafen weder abgeändert noch aufgehoben werden. Darüber so wie im Ganzen vgl. *L.* 5. *pr. De pac. do. L.* 20. *pr. eod.* (*Bas.*: μετὰ διαζύγιον ἰσχυρῶς συμφωνοῦσι περὶ συγχωρήσεως κακοτροπίας καὶ ῥαθυμίας καὶ τῶν δωρηθέντων *etc.*; wonach *Cuiac. Obss.* XI, 29. für *d. L.* 20. nach kritischen Vorgängen bei *d. L.* 5. vermuthet: *Ob mores quoque et ob res donatas etc.*) *L.* 15. §. 1. *Sol. matr. L.* 11. §. 3. *Ad L. Iul. de adult.* Ueber das spätere Recht vergl. *L. un. C. Th. Victum ciu. crim.* (9, 20.) *d. L.* 2. *C. Th. De repud.*, dann *L.* 11. §. 2. *C. eod. L. un.* §. 5. *C. De R. V. A.*

c) Für Verwendungen auf die *Res dotales* steht dem Mann Abzug resp. *ius tollendi* zu, nach Massgabe des gewöhnlichen Unterschiedes (o. §. 40.), *Ulp.* VI, 14—17. *Tit. ff. De imp. in r. do.*, *L.* 79. *De V. S.* Nur die *impensae necessariae* vermindern sogar *ipso iure* den Gesammtbetrag der *Dos*, *L.* 61. *De R. N. L.* 1. §. 4. *De do. prael. L.* 56. §. 3. *De I. D.*, *L.* 5. *h. t.*, und vorgängiger Verzicht ist daher auch dessfalls unwirksam, *L.* 5. §. 2. *De pac. do.*; aber auch die *utiles*, mit Zustimmung der Frau geschehen, konnten sowohl eingeklagt als einbehalten werden, *L.* 7. §. 16. *Sol. matr. L.* 7. §. 1. *h. t.*, *L.* 8. *eod.* vgl. *L. un.* §. 5. *De R. V. A.*, ebenso die *voluptuariae*, doch ohne Rücksicht auf Zustimmung der Frau und nur so weit das *ius tollendi* nicht respectirt wird, *LL.* 9 — 11. *pr. h. t.* Vgl. überhaupt *L.* 66. §. 1. *Sol. matr.*

d) *Ob res donatas* findet *Retentio* an der *Dos* Statt für alle ungültigen Schenkungen des Mannes aus der Zeit der Ehe (o. §. 212.) *L.* 66. §. 1. *De don. i. V. et V. L.* 7. §. 5. *L.* 15. §. 1. *Sol. matr. L.* 27. §. 5. *De R. V.*

e) *Ob res amotas* endlich gilt *Retentio* für alles, was auf Seite des Mannes in Folge einer Entwendung, welche die Frau auf die bevorstehende und seither erfolgte Scheidung hin beging, gefordert werden kann (§. 216.), *L.* 7. §. 5. *L.* 15. §. 1. *Sol. matr. L.* 1. *C. Rer. amot. L.* 6. *C. De compens.*

Auch auf diese Ansprüche (*sub d* und *e*) kann vorläufig nicht verzichtet werden, *d. L.* 5. §. 1. *L.* 20. *pr. De pac. do.* und i. A. *Paul.* I, 1, 6. (aus *Consult. Vet. IC.* 4.)

f) Endlich wurde der Frau von ihrer Dotalforderung so viel abgezogen, als ihr das Testament des Mannes zuwandte; worüber es ein s. g. *Edictum de alterutro* gab, *L. un.* §. 3. *C. De R. V. A.*, *L.* 7. *pr. in fi. C. Th. De testam.* (4, 4.) Vgl. *L.* 20. §. 8. *Fam. herc. L.* 6. §. 1. *Quan. di. leg.*

II. Die Auseinandersetzung über die Paraphernen (o. §. 212.) so weit der Mann zu denselben in irgend ein rechtliches Verhältniss getreten ist, findet nicht so wohl nach eigenthümlich eherechtlicher Ordnung als vielmehr nach Massgabe derjenigen gemeinen Rechtsgeschäfte Statt, welche jenes Verhältniss durch beiderseitigen Willen und die daran sich anschliessenden Handlungen herbeigeführt haben. Vgl. i. A. *L.* 9 §. 3. *De I. D. L.* 31. §. 1. *De donat.*

III. Bei der Ehe mit *in manum conuentio* findet vorerst in dem Normalfalle, da die Ehe bis zum Tode dauert, eine Rückgewährung des eingebrachten Vermögens der Frau in keiner Weise Statt. Stirbt die Frau, so bleibt dasselbe dem Manne, so wie es schon während der Ehe in seinem Vermögen aufgegangen war (o. §. 210.); wenn dagegen die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelös't wird, so bildet der Erbtheil der Frau an der Hinterlassenschaft des Mannes (welche das ungezweite Gut beider Ehegatten in sich schliesst) ihre Abfindung (u. §. 291.).

Bei der Scheidung musste dagegen auch bei der strengen Ehe eine Auseinandersetzung über das eingebrachte Weibergut eintreten, durch welches dasselbe aus dem Vermögen des Mannes wieder auszuscheiden und der Frau zu erstatten war. Die genauern Bestimmungen hierüber sind uns nicht überliefert (die Notiz bei *Plutarch. in Rom.* 22. s. o. §. 214.); doch scheinen sie wesentlich mit dem dargestellten Dotalrecht gleichartig gewesen zu sein, wofür theils in der Vergleichung des Weibergutes *in manu* mit der *Dos* (*Cic. Top.* 4, 23. *quum mulier uiro in manum conuenit, omnia, quae mulieris fuerunt, uiri fiunt dotis nomine*), theils in den Erwähnungen von Bestellung wirklicher *Dos* am ganzen Vermögen (*Cic. p. Flac.* 35. *doti Valeria pecuniam omnem suam dixerat*, *Vat. Fr.* 115 ... *omnia in dotem ... dari posse, argumento esse in manum conuentionem*, *L.* 72. *pr. De I. D. L.* 4. *C. eod.*) eine gewisse Bestärkung zu finden ist.

Besondere Ehepacten mögen wohl am ehesten für den zuerst erwähnten Fall, des Todes der Frau in der Ehe, vorgekommen sein und etwa ein abweichendes Vertragsrecht mit Rückfall des Weibergutes festgesetzt haben.

---

§. 216. Die Klagen bei Aufhebung der Ehe.

I. In der ältern Zeit, bis zum Anfang des VI. Jahrhunderts d. St. scheint das Bedürfniss von Vertrags- und Klagformeln behufs Rückforderung der *Dos* fast gar nicht empfunden worden zu sein, *Gell.* IV, 3.: bei der *manus* wurde

die überlebende Frau mit Erbrecht, nicht mit Herausgabe ihres Zugebrachten, abgefunden und die vorversterbende Frau hatte wenigstens keine Erben; bei der freien Ehe aber fand in dem Normalfall, da die Ehe bis zum Tode gedauert hatte, gar oft auch keine Rückforderung Statt (o. §. 215.), oder sie war, zumal bei vorhandenen Kindern, durch Testament oder sonst unter den nächsten Angehörigen ohne juristische Verwickelung leicht geordnet. Erst als die Scheidungen aufkamen, scheint mehr Streit und damit das Bedürfniss einer Klage für Rückforderung der *Dos* sich hervorgethan zu haben, und man bestellte zu diesem Zwecke ein einfaches *Arbitrium*, durch welches der Streit nach dem Wesen von Ehe und *Dos* — *ex aequo et bono* geschlichtet werden sollte.

Das wurde die *Actio rei uxoriae*, ursprünglich auf Quod aequius melius gestellt, fortwährend *incerta* und *bonae fidei*, *Cic. Top.* 17. *de Off.* III, 15. *Ulp.* VI, 6. *Coll. LL. Mo. et R.* X, 2, 2., *L.* 8. *De cap. min. L.* 66. §. 7. *Sol. matr.* vgl. auch *L.* 6. §. 2. *De I. D. L.* 36. *De pecul. Vat. Fr.* 94. Sie stand nur der Frau oder ihrem Vater, unvererblich, wie obgedacht (§. 215.) zu.

II. Mit der Zeit wurden besondere Dotalverträge schon bei Eingehung der Ehe und bei Bestellung der *Dos* häufiger; die ordentliche Form war die *Stipulatio*, und daraus erwuchs für denjenigen, welcher sich die Rückerstattung der *Dos* bedungen hatte, eine ordentliche Stipulationsklage, *stricti iuris*, vererblich u. s. w., *L.* 29. §. 1. *De pac. do. LL.* 45. 46. 48. *Sol. matr.* Auch das blosse *Pactum*, welches der dritte Geber der *Dos* bei der Hingabe (nicht erst nachher) geschlossen hatte, begründete für ihn (als *Lex dationi dicta*) die *A.° praescriptis uerbis* auf die bedungene Rückgewährung, *L.* 1. *C. De pac. conuen.* (= *L.* 10. *C. De pac.*) *LL.* 6. 24. *C. De I. D.*, *L. un.* §. 13. *C. De R. V. A.* Vgl. *L.* 22. *pr. L.* 29. §. 1. *Sol. matr.*

III. Für obige Strafen der Unsitte (o. S. 180.) fand zwischen den geschiedenen Ehegatten ein besonderes *Iudicium de moribus* Statt; ursprünglich vielleicht als *Praeiudicium* für die *Retentio propter mores*, dann wohl als Wiederklage zur *A.° ex stipulatu*; wobei es aber zweifelhaft bleibt, in wie fern und wann die *A.° de moribus* durch defensive Gel-

tendmachung der *Retentio propter mores* dem Manne, und durch einfache Erweiterung der *A.° rei uxoriae* (nicht so denkbar bei der *A.° ex stipulatu*) der Frau (wie bei den *res donatae*, *L.* 19. §. 1. *De do. i. V. et V.*) ersetzt und überflüssig geworden sei. Es ist dabei festzuhalten, dass die Strafen der *mores* beiderseits einzig auf die *dos* in ihrem Rückfall an die Frau (also mit Ausschluss der *dos recepticia*) angewiesen waren, und ohne *dos* gar nicht Platz gegriffen zu haben scheinen; ferner ist der Unterschied zwischen *dos data* und *promissa* zu erwägen, und nicht ohne Grund ist endlich auch darauf hingewiesen worden, dass die Frau nach Belieben die *A.° rei uxoriae* anstellen und damit auch die Strafe der *Mores* gegen den Mann verfolgen konnte, dieser dagegen für seine *Retentio propter mores uxoris* die *Actio rei uxoriae* abwarten muss, und diesen Verzug, wenn er ihm für seinen Beweis u. dgl. nachtheilig wäre, nur durch selbständige *A.° de moribus* vermeiden kann; dass demnach die *A.° de moribus* für den Mann viel nöthiger ist als für die Frau, und dass wirklich unter den (freilich wenigen) Erwähnungen einzelner *Iudicia de moribus* keines den Mann zum Beklagten hat (*Zimmern* R. G. §. 68.). Von *Gaius* IV, 102. wird die *A.° de moribus mulieris* denjenigen Klagen beigezählt, welche ihrer objectiven Natur nach auf *Satisdatio iudicatum solui* Anspruch haben. Auf die Erben geht die *A.° de moribus*, gleich der entsprechenden *Retentio* (§. 215.), weder activ noch passiv über, *L.* 15. §. 1. *Sol. matr.* *L.* 1. *C. Th. De I. D.* (III, 13.)

Justinian schaffte i. J. 528 (*L.* 11. §. 2. *C. De repud. et iudicio de moribus sublato*) dies *Iudicium* ab, *quod* (setzt er hinzu) *antea quidem in antiquis legibus positum erat, non autem frequentabatur*.

Erwähnungen aus älterer Zeit finden sich in *L.* 5. *pr. De pac. do.* *L.* 11. §. 3. *Ad L. Iul. de adult.* *Plutarch.*, *Val. M.* *l. l.* (o. S. 180.)

IV. Die *Actio rerum amotarum* war zunächst, entsprechend der *Retentio ob res amotas*, für den Fall eingeführt worden, da die Frau auf die Scheidung hin dem Manne etwas gestolen hatte, und sodann die Scheidung erfolgt war, *L.* 25. *L.* 17. §. 1. vgl. *L.* 11. *pr. h. t.* *L.* 11. §. 2. *De diuort*,

mit Rücksicht auf das gewesene Eheband sollte die *Actio furti* als *poenalis* und *famosa* wegfallen, die *Condictio furtiua* aber unter Bewahrung ihres sachlichen Wesens durch jene glimpflicher gefasste *Actio in factum* ersetzt werden; *L.* 1. *ff. L.* 2. *C. h. t.* Dagegen vermochte sich die noch weiter gehende Ansicht mehrerer älterer Juristen nicht zu behaupten, nach welcher selbst der Begriff des Diebstals (nicht blos gewisse Folgen) durch die Eigenschaft der Ehefrau als einer Art von *Domina* im Hause des Mannes ausgeschlossen werden sollte, *L.* 1. *L.* 15. §. 1. *h. t.* (so wird die gestolene Sache auch in solchem Falle furtiv, *L.* 29. *h. t.*, der Gehülfe der Frau haftet mit der ordentlichen *A.º furti, L.* 36. §. 1. *L.* 52. *pr.* §. 1. *De furtis*, das Zusammenwohnen der Ehegatten bedingt die Klage nicht, *L.* 15. *pr. h. t.*, u. s. w. vergl. auch *L.* 22. §. 4. *C. De furtis. L.* 17. §. 3. *L.* 18. *h. t.* Weiterhin gewährte man denn die Klage auch der Frau für den umgekehrten Fall, *L.* 6. §. 2. *L.* 11. *pr. h. t. L.* 9. §. 3. *De I. D., Ulp.* VII, 2, so dass die Klage sogar gegenseitig und mit Compensation vorkommen kann, *L.* 7. *h. t.* (über die compensationsweise Geltendmachung gegen *A.º ex stipulatu de dote* u. dgl. s. *L.* 1. *C. h. t.*). Mit der *Retentio ob res amotas* trifft zwar die *Actio* des Mannes ihrem Gegenstande nach zusammen, ist aber sonst davon so unabhängig, dass es ihrer Erhebung keinen Eintrag thut, wenn der Mann die *Dos* bereits ohne *Retentio* und ohne Ankündigung der *Actio* zurückgewährt hat, oder wenn die *Dos* selbst noch nicht fällig ist, *L.* 21. §. 3. *h. t.*, oder wenn gar keine *Dos* bestellt war, *L.* 8. *pr. h. t.*

Die *A.º rerum amotarum* ist förmlich *in factum concepta*, *L.* 2. *C. h. t.*, sachlich *Condictio*, *L.* 26. *h. t.*, in ihrem Ursprunge prätorisch, *L.* 1. *h. t. L.* 5. §. 1. *De pac. do. d. L.* 2., aber dem Ziele nach reipersecutorisch, daher *perpetua*, *L.* 21. §. 5. *h. t.*, activ und passiv vererblich, *L.* 6. §§. 3. 4. *h. t.* (vgl. *L.* 3. *C. eod.*), und *ex persona filii s. filiae* Peculiargestalt annehmend, *L.* 3. §. 4. *L.* 6. §. 2. vgl. *LL.* 4. 5. *h. t. L.* 3. §. 12. *De pecul.;* überhaupt der *Condictio furtiua* intensiv nachgebildet, und nur darin extensiv über diese hinausgehend, dass sie für die bezüglichen Personen und Fälle auch die *A.º furti* zu ersetzen bestimmt ist, wo diese

sonst ohne *condictio furtiva* Statt findet, namentlich wenn ein Ehegatte *ope consilio* des andern von einer dritten Person bestolen wurde, *LL.* 19. 20. *h. t. L.* 52. §. 2. *De furtis*, vgl. *L.* 6. *De cond. fur.*

Gegen den *suo nomine* Verklagten findet edictgemäss verbindliche Eideszuschiebung (mit Ausschluss der Zurückschiebung) Statt, *LL.* 11—14. *h. t. Beneficium competentiae* cessirt, *L.* 21. §. 6. *h. t. L.* 52. *De re iud.* Bei der Wiedervereinigung der geschiedenen Ehegatten erlischt das *iudicium*, *L.* 30. *h. t.*, die blosse *Actio nata* dagegen ruht zwar inzwischen, lebt aber bei nochmaliger Scheidung wieder auf, *L.* 23. *h. t.*

Wurde auf den Tod hin gestolen, es tritt aber die Scheidung ein, so findet *A.*° *R. A. utilis* Statt, *L.* 21. *pr. h. t.*; trat dagegen in diesem Falle der Tod des Bestolenen wirklich ein, so ist der Erbe auf *A.*° *ad exhibendum, Hereditatis petitio* u. dgl. beschränkt, *L.* 22. §. 1. *h. t.*, ebenso der bestolene Ehegatte während der Ehe auf *Vindicatio*, wozu in beiden Fällen nöthigenfalls *Condictio ob iniustam caussam* oder *sine caussa* kömmt, *LL.* 24. 25. *h. t.*, wie denn selbst mit der ordentlichen *A.*° *R. A.* wegen untergegangener Sachen die *Certi condictio* concurrirt, *L.* 17. §. 2. *h. t.* Ist der Diebstal vor der Ehe oder an dem Erblasser des andern Ehegatten geschehen, so findet auch während der Ehe wohl *Condictio furtiva*, aber nicht *A.*° *furti* Statt, *L.* 3. §. 2. *h. t.*; erst der Diebstal nach aufgelöster Ehe begangen oder fortgesetzt zieht alle ordentlichen Folgen nach sich, *L.* 3. *pr. h. t.*; endlich *servi nomine* kann der Ehegatte auch während der Ehe *furti* belangt werden, *L.* 3. §. 1. *h. t. L.* 52. §. 3. *De furtis.*

V. Für die obgedachten *Sextae propter liberos* (S. 179.) findet neben der *Retentio* keine Klage Statt, *Ulp.* VI, 10., dagegen werden solche erwähnt für die *Impensae* (neben der schwierigen *Stipulatio tribunitia* bei *Ulp.* VII, 3.) und für *Res donatae*, *L.* 5. §§. 1. 2. *De pac. do. L.* 23. *Rer. amot. L.* 5. §. 2. *De imp. in r. do. L.* 7. §. 16. *Sol. matr. L. un.* §. 5. *C. De R. V. A. L.* 5. §§. 6. 7. 18. *LL.* 6. 7. 30. *ff. LL.* 8. 9. *C. De do. i. V. et V.*, aber ohne eine besondere eherechtliche Gestaltung, vielmehr unter den allgemeinen Gesichtspunkten von *Condictio, Vindicatio* u. dgl. m.

VI. Justinian verschmelzte (*A.* 530.) die *Rei uxoriae a.*ᵒ mit der *A.*ᵒ *ex stipulatu* so, dass letztere immer, selbst wo gar nicht oder ungültig stipulirt wäre, der Frau statt ersterer zu gute kommen, diese dagegen ganz wegfallen, zugleich aber ihre Eigenschaft einer *bonae fidei a.*ᵒ auf die *A.*ᵒ *ex stip.*ᵒ übergehen sollte; womit denn insbesondere der Uebergang der Dotalforderung auf die Erben der Frau zur allgemeinen Regel erhoben war, *L. un. C. De R. V. A.* §. 29. *I. De action.* Und schon vorher (*A.* 529.) hatte Justinian verordnet, dass diejenigen körperlichen Dotalsachen, welche zur Verfallzeit der *Dos* sich noch in dem Vermögen des Mannes befänden, *ipso iure* dinglich an die Frau zurück fallen sollten, in der Meinung, dass ihre Vindication auch durch etwaige von dem Manne daran bestellte Pfandrechte nicht beschwert, vielmehr gegen diese gleichsam durch ein besseres Pfandrecht der Frau selbst gedeckt werde, *L.* 30. *C. De I. D.*

In *d. L. un.* wird das frühere Verhältniss zwischen *A.*ᵒ *rei uxoriae* und *ex stipulatu* so beschrieben:

a) Nur bei der *A.*ᵒ *ex stip.*ᵒ hatte die unbeschränkte Vererbung (vgl. o. S. 178. *L.* 5. *C. Sol. matr.*) stattgefunden, nur bei der *R. V. A.*ᵒ das *Edictum de alterutro* (o. S. 184.), die Rückzahlungsfristen von Rechtswegen (o. S. 182.), die Beschränkung des Vaters durch den Willen der *filiafamilias uxor* (o. S. 181.), die *Retentiones* (o. S. 182.), die *Exceptio quod facere possit* und das *Priuilegium exigendi*, §§. 3—7. *h. L.* Und wenn die Frau den Mann beerbt, so galt nur die stipulirte *Dos* als Erbschaftsschuld, welche vor Berechnung der *Falcidia* abzuziehen wäre. §. 8. *ib.*

b) In dem materiellen Gehalte stimmten dagegen beide Klagen überein hinsichtlich der *Res aestimatae* (o. §. 212.), so wie des Unterschiedes zwischen dem, was als Ertrag der *Dos* dem Manne verbleibt, und dem, was als Zuwachs der *Dos* mit ihr zurück zu gewähren ist, auch hinsichtlich der Abrechnung über das letzte Fruchtjahr. §. 9. *ib.* Dem *Filiusfamilias* fällt die *Dos* seiner Frau oder Schwiegertochter bei dem Tode des Vaters *iudicio familiae herciscundae* ausschliesslich zu, gegen Caution, dass er die Miterben gegen die

A.° ex stip." defendiren werde, §. 10. *ib.*, (wobei im Gegensatz vorzuschweben scheint, dass die *R. V. A.*° bei gleichem *Praecipere dotem* gegen den miterbenden *Filiusfamilias maritus* von selbst *in solidum* gebe, *L.* 1. §§. 9. 10. 13. *L.* 2. *pr. De do. praeleg. L.* 20. §. 2. *L.* 46. *Fam. herc. L.* 56. §. 2. *De I. D.*)

c) Wenn die *Uxor filiafamilias* mit *Dos profectitia* durch Tod des Gebers oder durch Emancipation *sui iuris* wurde, so fiel die *R. V. A.*° an die Tochter (ob Erbinn oder nicht), so dass die *Dos* auf den Pflichttheil anzurechnen und zu conferiren war; wogegen die *A.° ex stip.*" nur einfach auf die Erben überging (beziehungsweise dem Vater verblieb) §§. 11. 12. *ib.* Für die *Dos aduentitia* kam die *R. V. A.*° stets der Frau zu, wogegen der Geber durch Stipulation oder *Pactum* sich die *A.° ex stip.*" oder *praescriptis uerbis* unter Ausschluss von jener verschaffen konnte. §. 13. *ib.*, sodann durfte der Vater die *R. V. A.*° nur *adiuncta filiae persona*, die *A.° ex stip.*" dagegen einseitig anstellen, und jene fiel an die Tochter, wenn er vor vollendeter Durchführung starb, während die *A.° ex stip.*" sich einfach vererbte. §. 14. *ib.* Endlich war die *R. V. A.*° *bonae fidei*, die *A.° ex stip.*" *stricti iuris*, §. 2. *ib.* vgl. *d.* §. 29. *I.*

Dieser Unterschied, von Justinian in der Meinung dargestellt, dass fortan bei den unter *a*) und *b*) erwähnten Punkten die Regel der *A.° ex stip.*", bei denjenigen unter *c*) der *R. V. A.*° gelten solle, ist so zu ergänzen und näher zu bestimmen:

1°. Wenn Justinian *in d.* §. 5. (vgl. §§. 3. 9. *ib.*) anzudeuten scheint, dass die *Retentiones* der *R. V. A.* eigenthümlich gewesen seien, so kann damit nicht ausgeschlossen sein, dass dieselben auch bei der *A.° ex stip.*" exceptionsweise so weit geltend gemacht werden konnten, als sie gegen diesen Kläger klagbar wären (o. S. 184—188. vgl. *L.* 156. §. 1. *De R. I.*); auch die *Retentio sextarum* (o. S. 179. 187.), obgleich nicht klagbar, fand ebenso Statt; nur die *Retentio quintarum* (o. S. 177.) fiel weg, wenn die Rückgewährung der *Dos* ohne Erwähnung derselben bedungen war. Was aber bei jener Notiz hauptsächlich vorschwebt, ist der Gedanke (ähnliches Verhältniss zum Ausdruck, wenn auch in

anderer Beziehung s. in *d.* §. 13. *ib.*), dass die sämmtlichen *Retentiones* (mit zufälligen Ausnahmen bei den *Impensae*) ihrer materiellen Natur nach nur der Frau oder ihrem Vater entgegen gesetzt werden konnten, und also schon desswegen in allen den Fällen cessiren mussten, wo die Dotalforderung durch Stipulation oder sonstigen Vertrag auf eine andere Person gekommen war.

2°. Der Unterschied hinsichtlich der *Exc.° quod facere possit*, (*d.* §. 7. vgl. i. A. *LL.* 12 — 18. 27. 28. 32. 43. *Sol. matr. LL.* 17. 21. 23. 24. §. 1. *De re iud. L.* 35. *pr. De N. G.* §. 37. *De action. L.* 7. *De castr. pec. L.* 3. *pr. De pec. const.*) ist nach classischem Rechte ebenfalls nur insofern richtig, als die *A.° ex stip.°* einem Andern als der Frau oder ihrem Vater zusteht; denn zwischen diesen Personen und dem Manne oder seinem Vater war jene Schonung auf Grund einer *Constitutio D. Pii* nicht blos von der *R. V. A.°* auf die *A.° de dote ex stip.°* übertragen, sondern sogar für alle Geschäftsforderungen überhaupt, und zwar gegenseitig, also namentlich auch für Einforderung der nur erst versprochenen *Dos*, aufgelegt worden, *LL.* 20 — 22. *pr. L.* 52. *De re iud. L.* 17. *pr.* §. 1. *L.* 36. *Sol. matr. L.* 84. *De I. D.*

3°. Das *Priuilegium exigendi* scheint allerdings der *R. V. A.°* ausschliesslich vorbehalten gewesen zu sein, so dass man da, wo durch Stipulation oder sonstigen Vertrag eine anderweitige Klage begründet wurde, die Sicherstellung der Rückforderung lediglich dem Vertrage selbst überliess, was indess hinsichtlich der Frau selbst und ihres Vaters nur durch das Stillschweigen in dem classischen Theile des *Corpus Iuris* bestätigt wird. (vgl. aber auch *L.* 29. *De nouat.*) Auch begleitet das *Priuilegium* die *R. V. A.°* nicht bei ihrem Uebergange auf den Erben (o. §. 178.), *L. un. C. De priuil. do.* Doch vermochte der *Fauor dotis* so viel, dass auch der Braut und der *minor* XII. *annis* für die *Condictio* ihrer ungültigen *Dos* das *Priuilegium* gewährt wurde, *L.* 74. *De I. D.*, *L.* 17. §. 1. — *L.* 19. *De reb. auct. iud.*, ebenso der Frau, welche irrthümlich einen Sclaven geheirathet hatte, für ihre *A.° de peculio*, *L.* 22. §. 13. *Sol. matr.* (ähnlich der *R. V. A.° de peculio filiifamilias*, *L.* 52. *De pecul.*) — Ueber vertragsmässige Sicherstellung der *Dos* vgl. *L.* 7. §. 6. *De do. i. V. et V.*

L. 3. *C. De primip.* (XII, 63.) *LL.* 11. 21. *C. Ad SC. Vell.*, *LL.* 1. 2. *C. Ne fideiuss. L. un. C. Th. De fidei. do.* (III, 15.) *L.* 19. *C. De do an. nup. L.* 29. *C. De I. D.*, woraus hervorgeht, dass solche Sicherstellung unter den christlichen Kaisern mit Ungunst angesehen wurde, bis sie endlich Justinian sammt dem alten *Privilegium exigendi* dadurch entbehrlicher machte, dass er der Dotalforderung ein stillschweigendes und privilegirtes Pfandrecht am ganzen Vermögen des Mannes gewährte, *L. un.* §. 1. *C. De R. V. A. L.* 12. §. 1. *C. Qui pot.*

4°. Erwägt man, dass das Rechtsverhältniss, welches der *R. V. A.°* zum Grunde liegt, lediglich durch die Natur der Ehe und der *Dos* gegeben ist, das hingegen, aus welchem die *A.° ex stipulatu* u. dgl. hervorgeht, erst durch Vertrag begründet und an die Stelle von jenem gesetzt werden muss: so entsteht die Frage, inwiefern diese Veränderung zulässig, und unter welchen Bedingungen sie vor sich gehen könne.

Wenn vorerst ein Dritter (d. h. nicht die Frau oder ihr Vater) die *Dos* bestellt, so steht ihm natürlich, indem er dies thut, frei, von dem Manne zu stipuliren oder mit ihm zu paciseiren, wie er will und wie er sich mit diesem einigen kann, denn es ist *Lex dationi dicta*, und wer die Bestellung nach Belieben bewirken oder unterlassen kann, der kann für die Bestellung auch die Vertragsbestimmungen vorschreiben; wogegen die *Dos*, ein Mal ohne Vorbehalt gegeben, der Frau erworben ist, *L.* 20. §. 1. *L.* 29. §. 1. *De pac. do. L.* 29. §. 1. *L.* 42. §. 3. *Sol. matr. L.* 43. §. 1. *De I. D. L.* 6. *C. eod.* Auch ist der Fall zu unterscheiden, wo der Dritte nicht aus eignem Rechte, sondern im Auftrag und im Interesse der Frau die *Dos* stipulirt hat, *L.* 63. *L.* 72. §. 2. *De I. D.* Aehnlich ist das Verhältniss des Bestellers einer *Dos profectitia*: auch dieser kann bei oder vor der Bestellung, oder wenn diese für die *filiafamilias* vor der Hochzeit geschehen ist, bis zu dieser nach Belieben stipuliren, *LL.* 7. 9. 19. 23. 26. §. 5. *De pac. do. L.* 28. *De I. D. L.* 10. *De sponsal.*, später bedarf er dafür, ganz wie sonst für die Anstellung der *R. V. A.°* nach aufgehobener Ehe, der Einwilligung der Tochter, *L.* 7. *De pac. do. L.* 29. *pr. Sol. matr.*

Durch solche Stipulation des Vaters oder des Dritten wird das natürliche Dotalrecht hinsichtlich der Rückforderung

13

beseitigt und das Vertragsrecht an dessen Stelle gesetzt, doch nur so weit, als der Inhalt des Vertrages wirklich reicht, so dass, wenn etwa der eine mögliche Fall durch den Vertrag geordnet, der andere aber nicht vorgesehen ist, für jenen die *A.º ex stipulatu*, für diesen dagegen die *R. V. A.º*, jede vielleicht mit verschiedenem Klagberechtigten, Platz greifen kann, *L.* 22. *pr. Sol. matr.* Auch bestand zwischen dem Vater und dem Dritten, als Bestellern der *Dos*, der Unterschied, dass nur bei dem letztern (der in seiner Person ein natürliches Dotalrecht nicht hat) das formlose *Pactum* bei Bestellung der *Dos* die *A.º praescriptis uerbis* begründet, während bei dem erstern die förmliche Stipulation erfordert wird, um das Vertragsrecht gleichsam novationsweise an die Stelle des natürlichen Dotalrechts (mit seiner *R. V. A.º*) zu setzen, *L.* 6. *C. De I. D.*

Wenn endlich die Frau selbst die *Dos* bestellt, so steht ihr frei, die Rückgabe sich zu stipuliren oder durch einen Andern in eignem oder in ihrem Interesse stipuliren zu lassen, *L.* 29. §. 2. *De pac. do.*; *L.* 63. *L.* 72. §. 2. *De I. D.*; doch hat der Mann, ehe er, selbst auf ihr Geheiss, einem Dritten promittirt, ihr Interesse wahrzunehmen, *L.* 2. *pr. Sol. matr.*, und wenn die Frau *filiafamilias* ist, so bedarf er dafür bei der *Dos profectitia* der Einwilligung sowohl des Vaters als der Frau, §. 1. *ib.*

5º. Wie das Dotalrecht durch Stipulation oder Innominat-Contract von Grund aus neu gestaltet und dadurch die aus dem natürlichen Dotalrecht fliessende *R. V. A.º* ganz oder theilweise beseitigt werden kann, so lässt dieses auch gewisse Modificationen zu, welche vor oder während der Ehe auf dem Wege des formlosen Vertrages geschehen, und die *R. V. A.º* in ihrem materiellen Gehalte verändern oder für gewisse Fälle ganz ausschliessen. So kann z. B. die Gefahr des Zufalls dem Manne aufgeladen oder abgenommen werden, *L.* 6. *De pac. do.*; anderes ist oben (S. 181. 183. u. w.) vorgekommen: im Ganzen aber dürfen solche *Pacta dotalia* dem Wesen der *Dos* nicht widersprechen, wie z. B. dass der Mann von der *Dos* keinen Genuss haben, *L.* 4. *De pac. do.* oder für *Impensae necessariae* keinen Ersatz bekommen solle, *L.* 5. §. 2. *L.* 20. *pr. eod.*; auch nicht dem Wesen der

Ehe, wie z. B. Verzicht des Mannes auf die *Exc.° quantum facere possit*, *L.* 14. §. 1. *Sol. matr.*; ganz besonders aber darf in der Regel dadurch das Dotalrecht der Frau wohl verbessert, aber nicht verringert werden (*deterius fieri*), so z. B. ist ein Verzicht auf ihre Rückforderung nur zulässig auf den Fall ihres Todes in der Ehe, oder zu Gunsten ihrer Kinder auf den Fall der Scheidung, *LL.* 2. 26. *ff. L.* 3. *C. h. t. L.* 48. *Sol. matr. L.* 1. §. 1. *De do. praeleg.*, die Termine für die Rückgewährung dürfen blos auf frühere, nicht auf spätere Zeitpunkte verlegt werden, *LL.* 14—18. vgl. *L.* 19. *De pac. do. L.* 27. §. 2. *De pac.*; die *Permutatio dotis* gilt nur, wenn sie der Frau nützlich ist, *L.* 26. *De I. D.*, *L.* 21. *L.* 29. *pr. De pac. do.*; die Abrede, der Mann solle blos für *Dolus* verantwortlich sein, ist unzulässig, *L.* 6. *eod.*, vgl. *L.* 17. *pr. De I. D.*; u. s. w.

6°. Der Unterschied zwischen *bonae fidei* und *stricti iuris iudicium* stellt sich in seiner ordentlichen und allgemeinen Bedeutung (*Keller* Civ. Pr. §. 88.) in dem Verhältnisse zwischen *R. V. A.°* und *A.° ex stipulatu de dote* dar, und äussert seine Wirkungen namentlich auch bei manchen Einwendungen, welche hier *Exceptiones* veranlassen, dort aber *ipso iure inesse uidentur* (das. §. 35.), wie *Exc.° doli, compensationis* u. dgl, *L.* 21. *L.* 42. §. 2. *L.* 49. §. 1. *Sol. matr. Vat. Fr.* 94. *L.* 38. *De I. D.* Vgl. auch *L.* 24. §. 6. *L.* 28. *Sol. matr.* Dieser formelle Unterschied hinderte aber natürlich nicht, dass die *Aequitas* auch bei dieser *A.° ex stipulatu* dieselbe Berücksichtigung wie bei allen übrigen fand, und das Wesen der Ehe und *Dos* stellte sich als die eigenthümliche Quelle dieser mehr schützenden *Aequitas* dar, wie solches bei der *R. V. A.°* die ganze Klage beherrschte. Daher die *Retentiones* (o. S. 191.); ferner die *Exc.° non numeratae dotis*, analog der *Exc.° non numeratae pecuniae* beim Darlehn (o. §. 127.), *L.* 52. *L.* 66. §. 4. (vgl. *L.* 49. §. 1.) *Sol. matr. L.* 1. *C. De do. cau.* (über das neuere Recht und dessen *Exc.°* wie auch *Qaerela non numeratae dotis* s. *L.* 3. *eod. L.* 14. §. 1. *C. De non nu. pe. N.* 100.); daher (abgesehen von *Dos receptitia*) die *Exc.° doli*, wenn die Stipulation zwar durch Scheidung fällig aber die Ehe erneuert worden war, *L.* 13. *L.* 63. *L.* 69. §. 2. *De I. D.* vergl. *L.* 19. *L.* 29. §. 1.

L. 42. §. 3. *Sol. matr.*; daher endlich auch die *fauore dotis* leichtere Gewährung einer *A.° utilis* für die Frau selbst oder eine andere Person, welche weder selbst stipulirt hatte noch durch den zu ihren Gunsten Stipulirenden eigentlich erwerben konnte, *L.* 45. *Sol. matr. LL.* 9. 23. vgl. *L.* 26. §. 4. *De pac. do.*

Uebrigens konnte die *Stipulatio dotis*, zwischen welchen Personen sie geschehen mochte, je nach ihrem Inhalt eine *A.° de certa credita pecunia* (*Condictio certi*) oder *de certa re* (*Cond.° triticaria*) oder *incerta* zur Folge haben.

7°. In der Regel findet die Rückforderung der *Dos* bei der *R. V: A.°* von Rechtswegen, bei der *A.° ex stip.°* vertragsgemäss erst nach Auflösung der Ehe Statt; doch können aus besonderm Grunde aus dem Dotalverhältnisse schon während der Ehe folgende Klagen entspringen:

a) Wenn der Mann so verarmt, dass die Erstattung der *Dos* als gefährdet erscheint, so kann diese Erstattung sofort mittelst der *R. V. A.°* (jedenfalls nur von den Personen, welchen diese zukömmt) gefordert werden, *L.* 24. *pr. Sol. matr.* Solcher Verarmung steht der Fall gleich, wenn die *Dos* dem Vater des Mannes zugekommen und jener unter Enterbung des letztern verstorben ist. §. 1. *ib.* Und wenn endlich die Ehe zwar aufgelös't, aber die Fristen der Rückgewährung noch nicht abgelaufen sind, so kann wegen ähnlicher Gefahr von Insolvenz die *R. V. A.°* vor der Zeit in dem Sinne angestellt werden, dass dem Manne die Wahl gelassen wird, entweder für richtige Erstattung zur rechten Zeit Satisdation zu leisten oder aber die Erstattung unter Berechnung und Abzug des *Commodum repraesentationis* (*Disconto* u. dgl.) sofort zu bewirken; wobei die Condemnation auf die Erstattung, mit oder ohne diesen Abzug, gerichtet wird, je nachdem die Satisdation aus Unvermögen oder willentlich unterbleibt. §. 2. *ib.*

b) Die Frau hat ein Recht darauf, den Betrag der *Dos* schon während der Ehe festgestellt zu sehen, und zu diesem Behufe steht ihr eine Präjudicial-Klage mit der einfachen *Intentio Quanta dos sit* zu, *Gai.* IV, 44. (in §. 13. *I. De action.* beseitigt.)

c) Wenn der Mann wider den Willen der Frau einen

Dotalsclaven manumittirt, so steht nach der *Lex Iulia et Papia Poppaea* der Frau schon während der Ehe eine besondere Klage auf alles zu, was er oder sein Erbe durch sein Patronatrecht und die Erfüllung der demselben entsprechenden Pflichten von Seite des *Libertus* unter Lebenden oder von Todes wegen erworben hat; wogegen das durch den freien Willen des *Libertus* erworbene dotal wird, *L.* 61. *L.* 64. §. 1. ff. *L.* 65. *Sol. matr.*

d) Nach *L.* 22. §. 8. *Sol. matr.* soll der Mann, welcher die wahnsinnige Frau zwar behält, aber ihre Pflege lieblos versäumt und mit der *Dos* schlecht umgeht, auf Antrag des *Curator* gerichtlich zu anständiger Verpflegung angehalten und die *Dos* zu diesem Behufe nöthigenfalls sequestrirt werden. Es bleibt aber ungewiss, wie viel von dem Inhalte dieser Stelle von Ulpian und aus der classischen Zeit herrührt, und was dagegen den Compilatoren zuzuschreiben und mit anderweitigen neuern Bestimmungen, wie *L.* 29. *C. De I. D.* (vgl. *Nov.* 97. *c.* 6.), durch welche das unter *litt. a.* erwähnte Rückforderungsrecht der Frau verstärkt wurde, zusammen zu stellen sei.

---

§. 225. Inhalt der väterlichen Gewalt.

Die Gewalt des Vaters über das Kind war im Innern der Familie eine völlig absolute: vollständige Herrschaft des Vaters, vollständige Unterwerfung des Kindes. Nach aussen dagegen im bürgerlichen Leben nahm das Kind die ordentliche Stellung eines freien Menschen und Bürgers ein. Wie sich bei diesem Gegensatze das volle *Connubium* und *Commercium* nebst voller publicistischer Rechtsfähigkeit auf der einen, mit gänzlicher Unfähigkeit zu Vermögen oder irgend einer andern eignen privatrechtlichen Macht vereinigte, darüber s. oben §. 12.

Neugeborne Kinder zu tödten oder auszusetzen, stand in dem Ermessen des Vaters; doch scheinen alte Gesetze gewisse Schranken und Formen vorgeschrieben zu haben, *Cic. de LL.* III, 8. (.. *cito letatus tamquam ex* XII. *Tabulis insignis ad*

deformitatem puer) *Dion. H.* II, 15. (*Romulus* habe geboten, alle Knaben aufzuerziehen und von den Mädchen wenigstens das erstgeborne; verboten, ein Kind unter drei Jahren zu tödten, wenn es nicht von Geburt krüppelhaft oder prodigios, doch sollten solche Geburten ausgesetzt werden dürfen, nachdem sie vorerst den fünf nächsten Nachbarn zur Prüfung vorgewiesen worden; Zuwiderhandeln hätte er mit Strafe bedroht, unter andern mit Confiscation des halben Vermögens). Von der Aussetzung wird auch in späterer Zeit nicht als von etwas Verbotenem gesprochen, *Plin. Ep.* X, 71. 72. *L.* 29. *De man. test. L.* 16. *C. De nup. L.* 1. *C. Th. De expos.* (*V,* 7. *A.* 331.); erst *L.* 2. *C. De infant. expos.* (*A.* 374.) erwähnt einer darauf gesetzten Strafe (*animaduersioni, quae constituta est, subiacebit*).

Ueber das heranwachsende und das erwachsene Kind wurde dem Vater nicht etwa eine pädagogische Disciplinarbefugniss, sondern die umfassendste Richtergewalt, selbst das Recht über Leben und Tod, zugeschrieben, *Dion. H. II,* 26. *Gell.* V, 19. *Cic. p. do.* 29. *Coll. LL. M. et R.* VI, 8. (*Pap.*: *Cum patri lex règia dederit.. uitae necisque potestatem, rel.*). *L.* 10. *C. De pa. po. L.* 11. *De lib. et post. L.* 2. *pr. C. Th. De lib. ca.* Und zwar beschränkte sich diese Befugniss nicht etwa auf Vergehen gegen die häusliche Ordnung oder auf Verletzungen des Familienverhältnisses, sondern sie wurde auch für gemeine Verbrechen, selbst für Staatsverbrechen anerkannt: manche Beispiele setzen es ausser Zweifel, dass der Vater in solchen Fällen unter gewissen festen Formen, wozu namentlich das *Consilium* von Verwandten und Freunden gehörte, über sein Kind zu Gerichte sass, und mitunter selbst die schwersten Criminalstrafen über dasselbe sowohl verhängte, als auch an ihm vollziehen liess, *Fest. Sororium. Liv.* I, 26. II, 41. (XXXIX, 18.) *Epit.* LIV. *Dion. H.* VIII, 79. *Dio C.* XXXVII, 36. *Zonar.* VII, 12. *Val. M.* V, 8, 2. 3. V, 9, 1. VI, 1, 5. *Plin. H. N.* XXXIV, 9. *Sen. de Clem.* I, 15. *Sallust. in Cat.* 39. *Tac. A.* XVI, 33. Genaueres über Verfassung und Procedur des *Iudicium domesticum* in dieser und weiterer Anwendung s. in d. R. G. §. 101.

Aus diesem Justizcharakter der väterlichen Strafbefugniss und aus der damit von selbst verbundenen Verantwortlichkeit

des Vaters erklärt es sich auch vollkommen, dass in gewissen Fällen der Vater, welcher seinen Sohn umgebracht hatte, *parricida* genannt und als Mörder oder Todtschläger bestraft wird, *L.* 5. *De L. Pomp. de par.*, *Oros.* III, 9. V, 16., dagegen in andern Fällen die Tödtung (Hinrichtung) des Sohnes durch den Vater ganz in der Ordnung befunden wird, *Sallust. l. l.*, u. a.

Uralt ist ferner das Recht des Verkaufes mit der Ausnahmebestimmung für den verehelichten Sohn, *Dion. H.* II, 27. *Plut. Numa* 17. *Dion. H.* II, 27. (ἐὰν πατὴρ υἱῷ συγχωρήσῃ γυναῖκα ἀγαγέσθαι, κοινωνὸν ἐσομένην ἱερῶν τε καὶ χρημάτων κατὰ τοὺς νόμους, μηκέτι τὴν ἐξουσίαν εἶναι τῷ πατρὶ πωλεῖν τὸν υἱόν.) Durch die *Mancipatio*, welche solchen Verkauf bewerkstelligte, kam das Kind ordentlicher Weise in den Rechtszustand des *Mancipium* (u. §. 251.), und verlor also weder Freiheit noch Ingenuität noch Civität; wohl aber die *Familia*, doch nur Töchter und Enkel schon das erste Mal, Söhne dagegen fielen wieder in die *Patria potestas* zurück, wenn der Käufer sie manumittirte; so auch das zweite Mal: erst die dritte Mancipation brach das Familienband definitiv, *Ulp.* X, 1. *Gai.* I, 132. 135. II, 141. III, 6. IV, 79.

Neben diesem ordentlichen Verkauf kam auch ein anderer, härterer vor, nämlich ausser Landes in wirkliche Sclaverei, aber nur als Strafe und dem Verkaufe eines *Paterfamilias* durch den *Populus* entsprechend, *Cic. p. Caec.* 34., *de Or.* 1, 40.

Verpfändung und Vermiethung von Kindern war wohl mehr durch die Sitte als von Rechts wegen ausgeschlossen und kömmt aus älterer Zeit nicht vor, vgl. *Paul.* V, 1, 1. u. *L. fi. Quae res pi.;* wogegen die Befugniss zur *Noxae datio* (o. §. 182.) keinem Zweifel unterlag, nur mit der Controverse, ob einfache Mancipation überall genüge (*Sab.*ni) oder bei dem Sohne dreifache (so dass dem Empfänger für den Fall der Manumission das Patronatsrecht gesichert würde) erforderlich sei (*Procul.*ni). *Gai.* IV, 75—79. I, 141.

Wie sodann der Vater zwar alles durch das Kind erwarb (o. §. 12.), und wie ihm selbst über des Sohnes Frau und Kinder die *Manus* resp. *Potestas* zustand, auch die *Potestas* über die Tochter durch deren freie Ehe nicht aufgehoben

wurde (o. §. 210. §. 212. §. 224.), wie dagegen auf der andern Seite die Verkehrsschulden des Kindes den Vater von Altersher so wenig als die des Sclaven verpflichteten (o. §. 184.): ist an seinem Orte gezeigt worden. Daran schliesst sich weiter an:

Zwischen Vater und Kind (ebenso zwischen den Angehörigen derselben *Potestas*) konnte keine *Obligatio* und keine Klage, weder aus Contract, noch aus Delict bestehen, *Gai.* IV, 78. *L.* 2. *De iud* *L.* 2. *pr. De C. E.* §. 6. *I. De inut. stip. LL.* 16. 17. *pr. De fur.*, überhaupt kein Rechtsgeschäft; und es ist erst ein späterer Gedanke, dass gegenseitig *naturalis obligatio* (o. §. 111.) möglich sei, welche dann ihre Wirksamkeit äussert, theils für die Berechnung des *Peculium* gegenüber dritten Personen (o. §. 184.), theils für die Möglichkeit von Bürgschaft, Pfandrecht und andern Accessorien zu Gunsten des Vaters, theils endlich auf die Zeit der aufgelös'ten *Potestas* hin in gewissem Masse zwischen Vater und Kind selbst, *L.* 38. §§. 1. 2. *De cond. ind.* *L.* 56. §. 1. *De fidei.*; so wie auch, dass die Schenkung des Vaters an das Kind, bis zum Tode nicht wiederrufen, als *Mortis caussa donatio* aufrecht erhalten werde, *L.* 1. §. 1. *Pro don.* *L.* 11. *C. De donat. Vat. Fr.* 294—96. vgl. 274. 277. *f.* 281. *Paul.* V, 11, 3. *L.* 18. *pr. C. Fam. herc.* *L.* 25. *C. De do. i. V. et V.*

Endlich kann der Sohn auch nicht Zeuge sein bei dem Testament oder einem andern privatrechtlichen Formalgeschäfte des Vaters, ebenso wenig dieser oder ein Bruder in derselben *Potestas* jenem, z. B. als dem *Familiae emptor* u. dgl. §§. 9 10. *I. De test. ord.*

In allem Angeführten liegt die s. g. *Unitas personae*, welche zuweilen sprichwörtlich erwähnt wird, §. 4. *I. De inut. stip.* *L.* 11. *C. De impub. et al.*, in der Wirklichkeit aber gerade nur so weit besteht, als gedachter Massen Vater und Kind durch die Einheit der Oekonomie verbunden sind, und da aufhört, wo zwei Personen einander gegenüber gestellt und von einander unterschieden werden können, ohne dass jede als Inhaber einer eignen Oekonomie gedacht wird, *L.* 10. §. 2. *De fidei.* Vgl. *Zimmern* §. 184. *Boecking Inst.* §. 45. — Die successive Einheit aber, kraft welcher das Kind schon bei Lebzeiten des Vaters gleichsam als stiller Gesellschafter,

als ruhender Herr des väterlichen Vermögens gedacht wird, findet eine gewisse Realität einzig in dem Verhältnisse der *Sui heredes*, welches bei den betreffenden Anspielungen auch stets vorschwebt, *L.* 11. *De lib. et post. L.* 7. *pr. De bo. dam.* §. 2. *l. De her. qual.* u. *Schrader* z. d. St.

Eigenthum und Besitz an dem Kinde wird dem Vater nicht zugeschrieben, s. u. §. 226. §. 237., inzwischen *Gai.* II, 90. *L.* 215. *De V. S.*, *L.* 1. §. 2. *De R. V.* — Vgl. *Zimmern* §. 179. *Boecking* §. 43. *n.* 9. A. M. *Walter* R. G. §. 476. *v. Savigny* Syst. I, §. 55. III, §. 105. S. 12.

---

§. 216. Adoptio im engern Sinne. — *Adde*: *Ulp.* 8.

Die *Datio in adoptionem* bewerkstelligt den Uebergang der *Patria potestas* über Kind, Enkel u. s. w. von ihrem Inhaber auf einen Andern, den Adoptivvater. Eine einfache Rechtshandlung gibt es aber dafür nicht, keine Form bewirkt unmittelbar die Uebertragung der väterlichen Gewalt von einem Vater auf den andern. Die bisherige väterliche Gewalt muss erst zerstört und dann die neue durch eine besondere Rechtshandlung gestiftet werden. Da es aber auch für die reine und einfache Zerstörung der väterlichen Gewalt keine einfache Verkehrshandlung gibt, so muss diese Zerstörung durch hinreichende (ein- resp. dreimalige, o. §. 225.) Ausübung des Verkaufsrechtes geschehen, durch welche das Kind erst in eine andere als väterliche Familiengewalt (*mancipium*) des symbolischen Käufers gelangt und dadurch für immer aus der väterlichen Gewalt und seiner bisherigen Familie heraus geht. Aus jenem *Mancipium* bei dem Dritten ist sodann ein Uebergang in die *Patria Potestas* des Adoptivvaters zu bewirken. Demgemäss war die Form folgende:

a) Bei Töchtern und Enkeln:

Zuerst Mancipation *sub pacto fiduciae* durch den Inhaber der *Potestas* an einen Dritten (*Sempronius*) (o. §. 37.), so:

Sempronius: HUNC EGO, L. TITIUM, S. F. TUUM NEPOTEM EX I. Q. IN MANCIPIO MEO (kaum MEUM) ESSE AIO, ISQUE MIHI DE TE NUMMO UNO EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA.

Auus: Raudusculo libram ferito!

Anschlagen und Uebergabe des Erzes durch *Sempronius*, der dagegen den Enkel des *Auus* behält.

Sodann *Remancipatio e pacto fiduciae* von *Sempronius* an den *Auus*.

Demnächst verfügt sich der *Auus* nebst dem *Nepos* und mit dem Adoptivvater *L. Cornelius* zum Prätor behufs Begründung der väterlichen Gewalt des Adoptirenden über den nunmehr *in mancipio* seines Grossvaters befindlichen *Nepos* durch *In iure cessio* (o. §. 36.), nämlich so: *L. Cornelius:* Hunc ego hominem ex i. q. filium meum familias esse aio, secundum suam caussam sicut dixi, ecce tibi uindictam imposui.

Praetor fragt den *Auus*, *an contra uindicet*, was dieser wörtlich oder stillschweigend verneint; darauf *Addictio* des *L. Titius* als *Filiusfamilias* an den *L. Cornelius* durch den *Praetor*.

Von diesen Handlungen kann die *Remancipatio* des *Sempronius* an den *Auus* auch wegbleiben und demzufolge die *In iure cessio* unmittelbar von *Sempronius* an den Adoptirenden *L. Cornelius* geschehen; doch wird dies von *Gaius* als die weniger passende Manier bezeichnet.

b) Bei Söhnen stellt sich vor dem beschriebenen Hergang (der sich gleich bleibt) noch eine Mancipation von dem *Auus* an *Sempronius*, wörtlich wie die angegebene; darauf *Manumissio per uindictam* (u. §. 248.) durch *Sempronius* unter Mitwirkung eines Vierten als *Adsertor in libertatem*, demnächst Wiederholung jener Mancipation und dieser Manumission, so dass dann die obstehende Mancipation, welche den Hergang bei Enkeln und Töchtern eröffnet, als die dritte vor sich geht u. s. w.

Ueber diese Form der *Datio in adoptionem* s. *Gai.* I, 134. *Gell.* V, 19. *Gai.* I, 134., dazu *Scheurl De modis liberos in adoptionem dandi*, *Erlangae* 1840. 4., welcher den lückenhaften Theil des §. 134. so ergänzt: *aut non remancipatur patri, sed ab eo uindicanti in iure ceditur, apud quem in tertia mancipatione est. A. M. Huschke* i. l.

Es liegt in dem Gesagten, dass zu der fraglichen Rechtshandlung die Mitwirkung eines Magistrates mit *Legis actio*

(*Keller* C.-Pr. §. 2. S. 8., §. 24 S. 99.) erforderlich war, *LL*. 3. 4. 25. §. 1. ff. *LL*. 1. 4. *C. h. t.*, sie war aber in und ausser Rom, und an Kindern beiderlei Geschlechtes, auch jeglichen Alters, zulässig, *Gai. d.* §. 100 — 102. *Ulp*. VIII, 4. *f. L*. 42. *h. t.*; selbst Sclaven konnten, wenigstens nach älterer Ansicht, in Adoption gegeben werden, *Gell. l. l.*.. *si iuris ista antiquitas seruetur, etiam seruus a domino per praetorem dari in adoptionem potest; idque ait* (*Massurius Sabinus*) *plerosque iuris ueteris auctores posse fieri scripsisse*, vgl. §. 12. *I. h. t.* u. dazu *Theoph.*: — so ferne lag bei der *Datio in adoptionem* überhaupt der formelle Gedanke einfacher Uebertragung einer bestehenden väterlichen Gewalt von einem Inhaber auf den andern.

Auf begränzte Zeit kann eine *Datio in adoptionem* weder direct noch indirect geschehen, namentlich ist auch die Abrede (mittelst *Pactum fiduciae* u. dgl.), dass der Adoptivvater das Kind nach einer gewissen Zeit einem Andern *in adoptionem* geben solle, verworfen, *nec enim*, sagt *Paullus* nach *Labeo*, *moribus nostris conuenit filium temporalem habere*, *L*. 34. *h. t.*

Nur der natürliche, nicht ein Adoptivvater, kann das von ihm *in adoptionem* gegebene Kind wieder adoptiren, wie dieser Unterschied auch bei dem emancipirten Kinde hinsichtlich neuer Arrogation besteht, *L*. 37. §. 1. *L*. 41. *L*. 12. *h. t.*

Wenn der natürliche Vater nicht sprechen, aber sonst seine Zustimmung zur Adoption zu erkennen geben kann, so werden die wenigen mündlichen Worte, die ihm obliegen, nachgesehen, *L*. 29. *h. t.*, wie denn auch sonst eine unförmliche Adoption durch kaiserliche Bestätigung, nach vorheriger umfassender Cognition, zu Kräften kommen kann, *LL*. 38. 39. *h. t.*

Die positive Wirkung der *Adoptio* i. e. S. war im Ganzen dieselbe wie die der *Adrogatio* (§. 229. §. 231.), §. 9. *I. Quib. mod. ius pa. L*. 23. *h. t. L*. 1. §. 4. *Unde cogn. L*. 4. §. 10. *De grad. cogn. L*. 2. §. 3. *De suis et leg.*

Beispiele von *Datio in adoptionem* aus älterer Zeit werden erwähnt bei *Liu*. XLV, 40. *f. Cic. de Fin. I*, 7. 24. *Val. M*. VII, 7. 2. *Sueton in Octau*. 64. *Dio C*. XXXIX, 17.

Iustinian änderte vorerst die Form der *Datio in adoptionem* dahin, dass dieselbe blos in einer Erklärung des natürlichen Vaters, in Gegenwart des Kindes und des Adoptivvaters und unter deren ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung zum Gerichts-Protokolle abgegeben, bestehen solle, *L.* 11. *C. h. t.*

Zweitens aber auch die Wirkung so, dass das Kind in der Regel weder seine Familie verliere, noch in die *patria potestas* des Adoptivvaters trete, sondern bloss ein Intestat-Erbrecht in dessen Vermögen, und zwar als Kind, bekomme. Nur dann soll die alte Wirkung ungeschmälert fortbestehen, wenn das Kind einem natürlichen Ascendenten in Adoption gegeben würde, §. 2. *I., L.* 10. *C. h. t. d.* §. 8. u. §. 14. Die neuere Terminologie stellt dafür den Gegensatz von *Adoptio plena* und *minus plena* auf.

---

§. 235. Emancipatio.

Adde Ulp. X, 1. XXIII, 3. *Paul.* II, 25. *Tit. Cod. De emanc. lib.* (VIII. 49.)

Das ist die Entlassung des Kindes aus der *patria potestas* durch den Willen des Vaters. Diese Rechtshandlung war zusammen gesetzt aus

a) der Mancipation des Kindes durch den Vater an einen Dritten (*fiduciarius pater*), und

b) der *Manumissio uindicta e mancipii caussa* (gleichwie *e seruitute*, u. §. 243.) entweder durch diesen Dritten oder aber gewöhnlich durch den Vater selbst, nach geschehener Remancipation an ihn *ex pacto fiduciae*, *Gai.* I, 140. vgl. o. §. 230.). Bei einem Sohne musste dem beschriebenen Hergange noch zweimalige Mancipation an den Dritten nebst jedesmaliger Manumission durch diesen vorher gehen, weil bei diesem erst die dritte Mancipation die *patria potestas* vollständig zerstört (o. §. 225., vgl. § 230.), also erst die dritte *Manumissio e mancipii caussa* ihn wirklich zum *Homo sui iuris* zu machen vermag, *Gai.* I, 132. 135. 140. *Epit.* I, 6, 3. *Ulp. Paul. l. l. Theoph. ad d.* §. 6. *Nov.* 81. *praef.* — aus welchem Unterschied denn auch von selbst folgt, dass durch

die Emancipation eines Sohnes, nicht aber durch diejenige anderer *Sui* oder sonstiger *Liberi in potestate*, das Testament des *Parens emancipator* (mittelst unvermeidlicher *Agnatio postumi*) rumpirt wird, *Gai*. II, 141. III, 6. *Coll. LL. M. et. R.* XVI, 2. *Ulp.* XXIII, 3., *L.* 8. §. 1. *De iniu. rup.*

Der erwähnte Umweg war aber deswegen nothwendig, weil es keine eigne Vindication gab für die Freiheit von väterlicher Gewalt oder für den Zustand eines *Paterfamilias* im Gegensatz des *Filiusfamilias* u. dgl., weder nach Analogie der *Vindicatio in libertatem*, noch der *A.° negatoria*, etwa gegenüber einer *Vindicatio in potestatem* (u. §. 237.): was schon darauf deutet, dass die Emancipationen in alter Zeit nicht häufig waren.

Einseitige Abdication nach griechischer Art (ἀποκήρυξις) ist keine römische Aufhebungsart der väterlichen Gewalt, *L.* 6. *C. De pa. po. L.* 3. *C. De emanc.* (*Dion. H.* II, 26. ἐξελάσαι τῆς οἰκίας), so häufig sie auch bei den Rhetoren erwähnt wird, *Quinctil.* III, 6, 77. VII, 4, 10. 24. 27. u. v. a. Vgl. *Zimm.* §. 179.

Die Emancipation zerstörte mit der *Patria potestas* auch den Familienverband, und enthielt *Capitis deminutio minima* (o. §. 13.); und zwar verband sich diese Wirkung schon mit der *Mancipatio* (auch schon mit der ersten und zweiten des *Filius*, wo sie dann freilich durch die *Manumissio* wieder rückgängig wurde, daher *Gaius* auch in letzterer eine weitere *Capitis deminutio* findet). *Gai.* I, 162. f. §. 3. *I. De cap. min. L.* 3. §. 1. *eod. L.* 4. §. 10. *De grad. cogn.* Dafür bewirkte die Emancipation einen Quasi-Patronat des *Manumissor-parens* oder *extraneus*, worüber u. §. 255.

Auf die Kinder des Emancipirten hat die Emancipation keinen Einfluss, wenn sie nur vor derselben erzeugt sind, *pr.* §. 9. *I. Quib. mod. i. pa po.* Für den Fall aber, da der Sohn nach der dritten Mancipation unter bestehender *mancipii caussa* ein Kind erzeugt, berichtet *Gaius* I, 135. als die Meinung von *Labeo*, dass dies Kind in dieselbe *mancipii caussa* falle, als das geltende Recht aber, dass dasselbe entweder in die *patria potestas* seines Vaters falle oder *sui iuris* werde, je nachdem dieser manumittirt werde oder aber

in caussa mancipii versterbe, dass aber inzwischen der Zustand des Kindes in der Schwebe bleibe.

Wenn bei der Emancipation das *Peculium* nicht entzogen wurde, so galt es nach einer Ansicht, die sich allmälig festsetzte, für geschenkt, *Vat. Fr.* 255. 260. f. *L.* 31. §. 2. *De donat.* Eigentlich stand die Emancipation im freien und einseitigen Belieben des *Parens, L.* 28. *h. t.* Erst von der spätern classischen Zeit her entwickelte sich die Regel, dass die Zustimmung des leiblichen, aber nicht des Adoptiv-Kindes erforderlich sei, *Paul.* §. 5. *L.* 132. *pr. De V. O., L. g. L.* 10. *pr. C. De adop.* (§. 3. *I. eod.*) *L.* 5. *C. h. t. N.* 89. *c.* 11. *pr.* — Umgekehrt gab es einen Zwang zur Emancipation ordentlicher Weise gar nicht, *L.* 31. *De adop.* §. 10. *I., L.* 4. *C. h. t.* nur aus ganz besondern Gründen *extra ordinem* (*Keller C. Pr.* §. 181.); und zwar vorzüglich gegen den Adoptivvater, wenn etwa der adoptirte (zumal adrogirte) Unmündige nach erreichter Mündigkeit die Adoption selbst oder doch das Fortbestehen des Adoptivverhältnisses als nachtheilig erweis't, *L.* 32. *pr. L.* 33. *De adop.*, wie denn auch dem *Minor in adrogatione circumuentus* die *In integrum restitutio* offen stand, *L.* 3. §. 6. *De min.*, und wohl auch eher durch Zwang zur Emancipation, als durch Rescission des Adrogationsactes (o. §. 229.) zu bewerkstelligen war. Bei natürlichen Kindern war jener Zwang zu erlangen wegen schlechter Behandlung, *L. fi. Si a par. quis*, allenfalls auch, doch nicht ohne Controverse, in Folge von letzwilligen Verordnungen, zu welchen der *Parens* wenigstens durch Annahme der ihm zugewandten Vortheile seinen Willen hergegeben hatte, *L.* 92. *De C. et D., L.* 114. §. 8. *De legat.* 1.°, oder durch welche dessen Kindern unter der Bedingung, dass er sie emancipire, etwa wegen seiner Prodigalität von seinem eignen Vater die Erbschaft zugewendet wird, *L.* 16. §§. 2. 3. *De cur. fur.*, nicht aber in Folge einer einfachen durch solches Verschulden nicht unterstützten *Conditio emancipationis, L.* 8. *Si tab. test. nul.*, vgl. *L.* 27. §. 1. *Si quis om. ca.*, vgl. *Paul.* VI, 13, 1.

Nach einer Verordnung von *Constantin* v. J. 330., *Vat. Fr.* 248., sollte die Emancipation wegen gröblicher Impietät rückgängig gemacht werden können, *L. un. C. Th. De ingrat. lib.* (VIII, 14. *Valent. Val. et Grat. A.* 367.) *L. un. C. eod.*;

wogegen man schon zur classischen Zeit die Anfechtung wegen blossen Formfehlers, zumal wenn der Emancipirte längere Zeit, oft gar bis zum Tode, als solcher gegolten hatte, nicht leicht zuliess, *L.* 25. *De adop.* *L.* 1. *C. De pa. po.*, obgleich noch *Diocletian* auf der Beobachtung der ordentlichen Form, im Gegensatze blossen Consenses, bestand, *L.* 3. *C. h. t.*

Erst unter den christlichen Kaisern wurde, vorzüglich zunächst für Fälle von Abwesenheit, die Auswirkung eines kaiserlichen Rescriptes und Insinuation desselben bei Gerichte als Form der Emancipation freigestellt, *L.* 5. *C. h. t.* (*Anastas. A.* 503.) und endlich, unter gänzlicher Abschaffung der alten Solennität, die Wahl eröffnet zwischen der eben gedachten neuen Form und einer einfachen Erklärung der Entlassung vor Gericht oder competenter Obrigkeit, *L.* 6. *C. h. t.* (*Iustinian A.* 531.) §. 6. *I. Quib. mo. i. pa. po.*, wobei dem *Parens* selbstverständlich die Rechte des Quasi-Patronates (*quasi e fiducia manumiserit*) vorbehalten bleiben sollten, §. 8. *De leg. agn. succ.*, wie denn auch schon nach einer frühern Verordnung bei der *Emancipatio per rescriptum* die Fortdauer aller gegenseitigen Agnationsrechte vom Kaiser erbeten werden konnte, *L.* 11. *C. De legit. her.* (VI, 58. *Anastas. A.* 503.)

Unter dem spätern Peculienrechte hatte der *Parens* bei der Emancipation das *Aduentitium* heraus zu geben, jedoch mit Abzug eines Drittheils als *Praemii emancipationis*, *L.* 1. §. 2. *L.* 2. *C. Th. De mat. bo.* (VIII, 18.). *L.* 3. §§. 1. 2. *C. eod.* *Justinian* gab ihm die Hälfte, aber zu blossem Niesbrauch, *L.* 6. §. 3. *C. De bo. q. lib.* *L.* 6. *C. h. t.* §. 2. *I. Per quas. pers.*

§. 237. Schutz der väterlichen Gewalt.

I. Dem *Parens* steht eine ordentliche *Vindicatio in potestatem* zu gegen jeden Dritten, welcher ihm die Verfügung über das Kind vorenthält, sei es, dass dieser sich dabei auf angebliche eigne väterliche oder Herrengewalt oder auf *Manus* oder *Mancipium* oder auf irgend welchen andern Grund stütze. Diese *Vindicatio* unterscheidet sich, entsprechend dem Unterschiede zwischen Eigenthum und *patria potestas*, von der gewöhnlichen *In rem actio*, sowohl *per sacramen-*

tum als *per formulam petitoriam,* dadurch, dass die *Intentio* anstatt auf *ex iure Quiritium A.i A.i esse* vielmehr auf *ex iure* oder *lege Quiritium filium* (*filiam* u. s. w.) *familias* (oder *in patria potestate*) *A.i A.i esse* zu stellen ist, was *Pomponius* in *L.* 1. §. 2. *De R. V. adiecta caussa* (in rem) *agere* nennt; wogegen in Beziehung auf Ziel, Verlauf und Charakter der Klage (*pronunciatio*, *arbitrium de restituendo*, *condemnatio quanti ea res est*) keine Abweichung von der gewöhnlichen *Specialis in rem actio* Statt gefunden zu haben scheint. Der Umstand, dass Eigenthum an dem Kinde nicht stattfindet, hindert nicht die Möglichkeit des *Restituere* von Seite des Beklagten und des Umsatzes in Geld wegen des unterbliebenen *Restituere*, welcher sich freilich von selbst neben dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes auch unter den der Genugthuung stellen musste; vgl. über die *A.o furti liberorum, uxoris etc. nomine* o. §. 159. S. 137.

II. Zwei Interdicte, nämlich

a) *de liberis exhibendis,* so gefasst:

QUI QUAEUE (oder SI L. TITIUS?) IN (patria) POTESTATE L. TITII EST, SI IS EAUE APUD TE EST DOLOUE MALO TUO FACTUM EST, QUOMINUS APUD TE ESSET, ITA EUM EAMUE EXHIBEAS. *L.* 1. *pr. De lib. exh.* (vgl. i. A. *L.* 1. *pr. L.* 2. §. 1. *De interd. L.* 1. §. 1. *De insp. uen. LL.* 1. 2. *C. h. t.* VIII, 8.)

Das Interdict setzt einerseits das Recht der väterlichen Gewalt in der Person des Klägers voraus (*proprietatis non possessionis caussam continet,* vgl. Keller C. Pr. §. 75. N. 874.) bietet also den Anlass zu dessen Erörterung und Entscheidung, §. 1. *ib.;* anderseits ist es zwar absolut, auf *si .. apud te est*, nicht etwa, wie das *populare de homine libero exhibendo* (§. 250.), auf *dolo malo retines,* gestellt, §. 2. *ib.*, lässt aber nichts desto weniger aus genügendem Grunde *Exceptiones* zu, namentlich für die Mutter, wenn ihr etwa eher als dem Vater das Kind anvertraut werden soll, §. 3. *ib.* vgl. *L.* 3. §. 5. *eod.;* oder für den Ehemann, wenn einer guten Ehe Störung droht, *L.* 1. §. 5. vgl. *L.* 2. *eod. L.* 3. *C. h. t.*, (doch hier, und wohl auch im ersten Falle eher Erledigung solcher Einwendung durch den Magistrat selbst als Ueberantwortung derselben an einen *Iudex* mittelst *Exceptio*), weiter ohne

alles Bedenken *Exc.º rei iudicatae*, wenn dem Kläger schon früher die *Potestas* abgesprochen ist, *L.* 1. §. 4. *eod.* u. w. dgl. m. i. Das Ziel des Interdictes ist Vorweisung des Kindes und freie Communication mit ihm, widrigenfalls *Condemnatio quanti ea res est.*

b) *de liberis ducendis, prohibitorium*, so lautend:

SI L. TITIUS IN POTESTATE L. TITII EST, QUOMINUS EUM L. TITIO DUCERE LICEAT, UIM FIERI UETO. *L.* 3. *pr. eod.* Ziel ist demnach ungehinderte Abführung, widrigenfalls *Condemnatio quanti ea res est*, Voraussetzung aber dieselbe, wie bei dem vorigen Interdicte, welches zur Vorbereitung von diesem bestimmt ist, §§. 1. 2. *ib.;* ebenso finden dieselben Exceptionen Statt, §. 5. *ib.* Das erste ist entbehrlich, wenn der Beklagte freiwillig exhibirt, wobei dieser aber zu erwägen hatte, dass er das Recht des Klägers bei jenem *sine periculo*, bei dem zweiten dagegen nur *cum periculo* zum Austrag bringen kann, *Keller* C. Pr. §. 76. Gerade desswegen wird denn wohl bei der Gleichheit des Klagegrundes beider in der Wirklichkeit öfter das zweite durch das erste, mittelst freiwilliger Restitution von Seite des Beklagten zufolge der *in exhibitorio* zur Anerkennung gelangten *Potestas* des Klägers, entbehrlich geworden sein. Ein *Procurator* wird auf Seite des Klägers nur *caussa cognita*, wegen rechter Behinderungsgründe und mit Specialvollmacht, zugelassen, *L.* 40. *pr. De procur.* Wenn das Kind *impubes* ist, so kann nach Ermessen des Magistrats die Austragung des Processes auf erreichte Pubertät eingestellt und inzwischen für die Unterbringung des Kindes nach Umständen verfügt werden, §. 4. *d. L.*ˢ 3. — Uebrigens gilt auch dieses Interdict nicht gegen das Kind selbst, noch gegen denjenigen, bei welchem sich dasselbe aus eigner Wahl befindet, sondern nur gegen solche Personen, welche sich irgend eine Gewalt über dasselbe anmaassen, eigne, Tutel oder andere, §. 3. vgl. §. 4. *ib.* *L.* 5. *eod.*, welchen Stellen sich auch *L.* 4. *eod.* unterordnet.

III. *Extraordinaria cognitio.* — Diese war vorerst unentbehrlich, wo der Vater seine *Potestas* gegenüber dem angeblichen Kinde selbst gerichtlich zur Anerkennung und Wirksamkeit bringen wollte, *d.* §. 3.; denn *Vindicatio* und *Interdictum exhibitorium* sind dabei undenkbar, das *Interd.*ᵐ *de*

liberis ducendis, wenn auch nicht seiner Formel doch seinem processualischen Verlaufe nach, unthunlich (ob darüber einst Zweifel walteten, muss nach *d. L.* 4. *h. t.*, vgl. *L.* 1. *C. eod.*, dahin gestellt bleiben); sodann scheint aber die *Extraordinaria cognitio* auch mit der *Vindicatio* und den beiden Interdicten mehr und mehr in elective Concurrenz getreten zu sein, *d. L.* 1. §. 2. *De R. V. L.* 3. §. 4. *h. t.*, vgl. i. A. *L.* 8. *De prob. L.* 3. §. 2. *De iurei.*, und mochte diesen Organen des ordentlichen Processes um so entschiedener vorgezogen werden, je mehr es dem Kläger darauf ankam, direct und sicher, nöthigenfalls durch die eigentlichen Zwangsmittel des Magistrates, des Kindes habhaft zu werden, anstatt sich mit einer Geld-Condemnation abfinden zu lassen, über welche hinaus auf dem ordentlichen Rechtswege wider den Willen des Beklagten nichts zu erreichen war. Ueber diesen Unterschied vgl. *Keller* C. Pr. §. 81.

IV. *Praeiudicium.* — Bei manchen Streitigkeiten, insbesondere bei Statusfragen, befindet sich der Kläger, im geraden Gegensatze zu der eben erwähnten Voraussetzung, in der Lage, sich mit einem einfachen Entscheide über das streitige Recht oder Factum zu begnügen, ohne daraus augenblicklich irgend ein Begehren äusserer Veränderung oder richterlicher Verfügung abzuleiten, d. h. ein *restituere* oder *exhibere* oder irgend eine andere Leistung erstreiten und sich eventuell eine Geld-Condemnation zur Befriedigung dafür im ordentlichen oder einen directen Zwang zur Gewährung in Natura im ausserordentlichen Process verschaffen zu wollen. Entweder denkt er sich nämlich die Autorität der richterlichen *Pronunciatio* über seine Behauptung hinreichend, um derselben gemäss das Aeusserliche sofort oder künftig mit seinem jetzigen Gegner in Güte zu ordnen, oder er zählt darauf, nach Feststellung des in seiner jetzigen *Intentio* enthaltenen Fundamentes künftig nöthigenfalls mit etwaiger Vindication oder Interdict ohne Mühe und Anstand durchzudringen, oder *extra ordinem* sogar den nöthigen Zwang gegen seinen Gegner bei dem Magistrate auszuwirken. Und wie durch solche Gründe der Kläger selbst sich bewogen finden kann, nur ein *Praeiudicium* (vgl. *Keller* C. Pr. §. 38.) zu verlangen, so mag auch der Magistrat in Fäl-

len gewöhnlicher Klage *extra ordinem* (o. III.) sich behufs Erörterung und Entscheidung der dieselbe bedingenden Vorfragen veranlasst gesehen haben, von Amtswegen ein solches *Praeiudicium* anzuordnen, um je nach dem Ausgange desselben die beantragten Verfügungen, Zwangsmassregeln u. dgl. zu gewähren oder zu versagen.

Wie demnach im umgekehrten Falle, wo es sich darum handelt, im Interesse der Mutter oder des Kindes den Vater zur Erfüllung seiner Vaterpflicht anzuhalten oder etwa den Status des Kindes festzustellen, häufig *Praeiudicia,* z. B. *An uxor fuerit, an ex eo praegnans* oder *natus sit,* u. dgl. (u. §. 238. vergl. *L.* 1. §. 16. *L.* 2. *L.* 3. *pr.* §. 3. ff. *De agnosc. Theoph. ad* §. 13. *De action.*) Platz griffen: so bot sich zu solchen auch dann verschiedentlich der Anlass dar, wenn der Vater sein Recht über das Kind oder die bedingenden Grundlagen dieses Rechtes zur Anerkennung bringen wollte. *L.* 1. §. 2. *De R. V.* vgl. i. A. *L.* 1. *pr.* §. 1. *De insp. uen.*

Ziemlich gemeinsam für alle aufgezählten Processorgane mag endlich gegolten haben, was in *d. L.* 1. §. 16. *L.* 2. *L.* 3. *pr. De agnosc.* über die Rechtskraft des Urtheils, und in *L.* 3. §. 2. f. *De iurei.* über die Geltung des geschwornen Eides gesagt ist.

---

§. 243. Die Formen der Freilassung.

Von Alters her gab es drei Formen der *Manumissio: uindicta, censu, testamento, Gai.* I, 17. *Ulp. I,* 6. *Dosith.* 6. *Cic. Top.* 2. und dazu *Boeth.*, *Theoph. ad* §. 4. *De libert.*

I. Die *Manumissio uindicta* ist so viel als *In iure cessio libertatis,* nämlich *Vindicatio in libertatem* durch einen *Adsertor* (u. §. 250. HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM LIBERUM ESSE AIO S. S. C. S. D. ECCE TIBI UINDICTAM IMPOSUI, o. §. 36.), ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des *Dominus* auf Anfrage des Magistrates, und demzufolge *Addictio* der Freiheit durch den letztern, *Ulp. I,* 7. *Fest. epit. Sertorem.. a prendendo, quia cum cuipiam adserat manum, educendi eius gratia ex seruitute in libertatem, uocetur adsertor, ... potius a serendo (iungendo,* säen) u. w.;

vgl. *v. Manumitti* (§. 248.). **Plaut.** *Mil. glor. IV*, 1, 15. *an festuca facta e serua libera est?* **Plutarch.** *se. nu. uind. p.* 174. (*Reiske T.* 8.) Ῥωμαῖοι δὲ, οὓς ἂν εἰς ἐλευθερίαν ἀφαιρῶνται, κάρφος αὐτῶν λεπτὸν ἐπιβάλλουσι τοῖς σώμασι. **Theoph.** *l. l.* **Pers.** V, 175. *festuca, quam lictor iactat ineptus*, und **Schol.** *ad v.* 88. *ib.* (*uindicta*) *uirga est, qua manumittendi a Praetore in capite pulsantur.* Daneben wird noch öfter erwähnt, dass der Freizulassende im Kreise herumgedreht worden sei und einen Schlag, Backenstreich u. dgl. erhalten habe, *Pers.* V, 75. *una Quiritem Vertigo facit*, 78. *Verterit hunc dominus momento turbinis exit Marcus Dama*; dazu *Schol.*: *quos manumittebant, eos alapa percussos circumagebant et liberos confirmabant.* (fast wörtlich gleich **Isid.** *Or.* IX, 4. g. E.) **Phaedri** *Fab.* II, 5, 25. *multo maioris alapae mecum ueneunt.* **Appian.** *B. C.* IV, 135. Λαβεὼν (A. 712.).. τοῦ πιστοτάτου τῆς δεξιᾶς λαβόμενος καὶ περιστρέψας αὐτὸν, ὡς ἔθος ἐστὶ Ῥωμαίοις ἐλευθεροῦν, ἐπιστρεφομένῳ ξίφος ἔδωκε, rel. **Sen.** *Ep.* I, 8. g. E. *philosophiae seruias oportet, ut tibi contingat uera libertas*: . . . **statim circumagitur** (*qui*) *rel. Glossar. ap. Brisson. v. Vindicta.* **Sidon. Apoll.** *Carm.* 2. a. E. *gaudentes exceptant uerbera malae*, **Claudian.** *Consul.* IV. *Honor.* v. 613. *Ps.-Quinctil. Decl.* 342. *L.* 6. *C. De emanc. Nov.* 81. *pr.* Diese Zuthat mag wohl dazu bestimmt gewesen sein, die Manumission von einer ernsthaften *Vindicatio in libertatem* zu unterscheiden. A. M. *Unterholzner*, Z.-Sch. f. g. R. W. II, S. 139. vgl. *Mueller*, Rh. Mus. V, S. 190. ff. Ueber die ganze Handlung vgl. **Cic.** *ad Att.* VII, 2, 8.

Die *Manumissio per uindictam* konnte bei jedem Magistrat geschehen, welcher *Legis actio* hatte (*Keller* C. Pr. §. 2. N. 26.), **Ulp.** I, 7. **Paul.** II, 25, 4. *LL.* 17. 21. *De man. uin. L.* 1. *De off. Iurid. L.* 4. *C. De uindicta*; und zwar in der Regel *de plano* (*Keller* C. Pr. §. 3.), **Gai.** I, 20. **Plin.** *Ep.* VII, 16. §. 2. *l. De libert. L.* 7. *De manum. uind.*, und schon im Verlauf der classischen Zeit wurde die Solennität sehr vereinfacht, *LL.* 8. 23. *eod.*, wie man denn auch Vertretung des *Dominus* durch seinen *Filiusfamilias* zuliess, *LL.* 7. 16. 22. *De manum. L.* 4. *pr. L.* 10. *L.* 18. §. 2. *L.* 32. *De man. uind. L.* 15. §. 1. *L.* 16. §. 5. *L.* 30. §. 1. *Qui et a qui. L.* 13. *De iur. patron. L.* 22. *De bo. lib.*, am Ende selbst durch einen Dritten, *L.* 20. *Qui et a qui.*, doch beides nur mit dem

Willen des *Dominus*, daher unter Ausschluss des *Curator furiosi*, *L.* 22. *eod.* Dass der Kaiser ohne *Vindicta* durch blosse Willenserklärung freilassen könne, dafür wird von *Paullus* in *L.* 14. §. 1. *De manum.* eine *Lex Augusti* angeführt. Die Ableitung der *Manumissio per uindictam* von *Vindicius*, dem Sclaven der dem ersten Consul *L. Iunius Brutus* verschwägerten *Vitellii*, welcher die Verschwörung zur Herstellung des vertriebenen Königs A. 245. anzeigte, und dafür von Staatswegen Freiheit und Civität erhielt (vgl. u. §. 248.), bei *Liu.* II, 5. u. v. A. ist wohl eine blosse Fabel, so beliebt sie auch nach den vielen Erwähnungen gewesen sein mag, *Plutarch.* in *Poplic.* 7. *Seru. ad Aen.* VI, 819. *Schol. ad Iuuen.* VIII, 267. *L.* 2. §. 24. *De O. I. Theoph. ad* §. 4. *De libert.*

II. *Censu* geschah die Freilassung so, dass der Sclave mit Erlaubniss seines Herrn sich im *Census* als Bürger anmeldete und von dem *Censor* in die Listen aufgenommen wurde, *Ulp.* I, 8. *Dosith.* 19. *Theoph. ad* §. 4. *De libert. Boeth. l. l. Cic. p. Caec.* 34. *de Or. I,* 40., nach welcher letztern Stelle eine alte Controverse darüber waltete, ob die Freiheit schon durch die Eintragung oder erst durch das *Lustrum conditum* (R. G. §. 55.) entstehe (*is qui domini uoluntate census sit, continuone an ubi lustrum conditum liber sit;* nach *Dosith. l. l.,* wohl auch echt römisch, *census descendat ad diem lustri, an lustrum decurrat ad diem census*); vgl. auch *Goeschen* Z.-Sch. f. g. R. W. III, S. 269. ff. *Ernesti ad Tac. A.* XIII, 27. — Auf die *Manumissio censu* bezieht sich ohne Zweifel auch das SC. v. A. 577. bei *Liu.* XLI, 9. *Ut Dictator, Consul, Interrex, Censor, Praetor, qui tunc esset, apud eorum quem qui manumitteretur in libertatem uindicaretur, ut iusiurandum daret qui eum manumitteret, ciuitatis mutandae caussa manu non mittere: qui id non iuraret, eum manumittendum non censuerunt,* in den hervorgehobenen Worten (vgl. das. 8.), die sich demnach gar nicht zu dem Beweise eignen, dass man auch bei dem *Censor* habe *uindicta* manumittiren können. A. M. *Puchta,* §. 213. *l.* Diese Form der Freilassung fand für die römischen Bürger gewiss auch in den Italischen Städten Statt, deren Census bekanntlich an Ort und Stelle gepflogen, aber durch

Einsendung der Listen dem römischen Census incorporirt wurde, *L. Iul. mun. c.* 11.; muthmasslich aber auch in den Provinzen, wo s. g. *Professiones* die Stelle des Census vertraten, *Dosith. l. l.*

Gaius (wie auch *Dositheus*) spricht von der *Manumissio censu* als von einer bestehenden Rechtsform, *Ulpian* als von einer vergangenen: daraus folgt aber nicht, dass dieselbe gerade in der Zwischenzeit ausser Gebrauch gekommen sei (vgl. z. B. *Gai.* I, 3.). Nach *Censorin. de D. N.* 18. condirte *Vespasian A.* 827. das letzte *Lustrum*, und ein solches wird bei der Censur von *Valerian* unter K. *Decius* (*A.* 1002 —4.) von *Trebellius Pollio* in *Valer.* I, 2., so nahe es auch gelegen hätte, wirklich nicht mehr erwähnt.

III. *Testamento* (*Titt. ff. De man. te.*, XL, 4. *et C. De test. man.*, VII, 2.) — konnte man von jeher, und nach ausdrücklicher Anerkennung der XII. Tafeln, seinem Sclaven geradezu die Freiheit geben, *Gai. d.* §. 267. *Ulp.* I, 9. II, 7. mit oder ohne Erbeinsetzung oder Legat; *Gai.* II, 186. im Verfolg auch in *Codicillis testamento confirmatis*, gleich andern Legaten, *Ulp.* II, 12. *L.* 43. *De man. test.* Die normalen Worte der Freilassung sind: ... LIBER ESTO, LIBER SIT, LIBERUM ESSE IUBEO, *Ulp. d.* §. 7. *Gai. l. l.* Wesentlich ist dabei das Imperative, *directa uerba*, *L.* 49. *De man. te.* (wonach die Aeusserung *Samiam in libertate esse iussi* nur durch das *Priuilegium militis* zur *directa libertas* genügt) vgl. *L.* 14. *C. h. t.* und *Gai.* II, 281., der Platz hinter der Erbeinsetzung, *Gai.* II, 230. *Ulp.* I, 20. f., so wie nach der *Lex Furia Caninia* namentliche, nach dem *SC. Orphitianum* wenigstens individuelle und deutliche, Bezeichnung des oder der zur Freiheit bestimmten Sclaven, *Gai.* II, 239. *Ulp.* I, 25. *Paul.* IV, 14, 1. §. 25. *I. De legat. LL.* 24. 37. 54. *pr. De man. te.*

Bei dieser Form der Freilassung sind Suspensiv-Bedingungen zulässig, und zwar jeder Art, positive und negative, *L.* 30. *De statul.*, potestative und zufällige, *L.* 7. *h. t. L.* 4. §. 7. *De statul.*, auf *dare* oder *facere* oder beides gerichtet, *L.* 11. §. 1. *L.* 13. *pr.* §. 1. *L.* 61. §. 1. *h. t. L.* 6. §. 7. *De statul.*, auf Thun oder Unterlassen, *L.* 17. §. 1. *h. t.*, *in praeteritum*, *praesens* oder *futurum*, *L.* 8. *h. t. L.* 18. *De fid. lib. L.* 21. *pr. De*

statul., auf die Zeit des Lebens oder des Todes des Erblassers gestellt, *L.* 51. §. 1. *h. t.;* selbst die *Condicio iurisiurandi* wird in dieser Anwendung nicht erlassen, *LL.* 12. 36. *h. t. L.* 13. §. 3. *L.* 24. *De statul.* Unmögliche Bedingungen gelten für nicht beigefügt, *L.* 3. *pr. L.* 4. §. 1. *De statul.*, und potestative, sofern sie durch Hinderniss von aussen und ohne Schuld des Sclaven unerfüllt bleiben, für erfüllt, *d. L.* 3., *L.* 55. *pr. h. t. L.* 41. §. 16. *De fid. lib. L.* 26. §. 1. *L.* 38. *De statul.* — Nicht minder kann die Freiheit mit einem *Dies* ertheilt werden, *L.* 1. *pr. De statul.*. *L.* 4. §. 1. (*L.* 18. §. 1.) *L.* 41. *pr.* §. 2. *h. t. L.* 41. §. 15. *De fid. lib.*, sofern derselbe nur nicht entweder mit dem Wesen der Freiheit im Widerspruch steht, was bei der Anordnung *Cum morietur liber esto, L.* 17. *pr. L.* 61. *pr. h. t. L.* 4. §. 1. *De statul.* und bei jedem *Dies ad quem*, *LL.* 33. 34. *h. t.*, welchem darin auch die Resolutivbedingung gleich steht, *L.* 52. *eod.*, der Fall ist, oder nach allgemeinern Regeln über Vermächtnisse ausgeschlossen ist, wie z. B. *post mortem heredis, pridie quam heres morietur* u. dgl., *Gai.* II, 232. f. *Modus* endlich stand nicht allein der ausdrücklichen Anordnung des Testator offen, *L.* 17. §. 2. *h. t.*, sondern man war auch geneigt, unter Umständen eine wörtliche Bedingung auf dem Wege der Willens-Interpretation in *Modus* umzuwandeln, *L.* 44. *eod.*

Uebrigens kann bei einem *Seruus communis* die Freilassung durch Testament von dem einen *Socius* so mit der *Manumissio uindicta* ab Seite des andern verknüpft werden, dass durch beide Acte zusammen die rechte Befreiung entsteht, *L.* 48. *h. t.* (vgl. sonst *Keller* C. Pr. N. 304.)

Die besprochene *Manumissio testamento* begründet die s. g. *Directa libertas*, und nur so weit erscheint das Testament als die wirkliche Form der Freilassung. Daneben kam zwar von Anfang der Kaiserzeit an noch die s. g. *Fideicommissaria libertas* auf, wobei aber aus dem letzten Willen nicht die Freiheit selbst unmittelbar hervorging, sondern nur eine Pflicht zur Manumission in gewöhnlicher Form, mit eventueller Befreiung von Rechtswegen unter gewissen Umständen. Darüber u. §. 249.

Im Gegensatze der obigen drei gesetzlichen Formen, ohne welche eine gehörige Freilassung nicht möglich war, sprach

man bei der unförmlichen Freilassung von *Manumissio inter amicos, per epistolam, per mensam*, indem man die fragliche Willenserklärung des Herrn durch die dabei gebrauchten Mittel oder die sie begleitenden Umstände, so zufällig und gleichgültig selbige waren, näher bezeichnete, *Dosith.* 8—10. *in his, qui inter amicos manumittuntur, uoluntas domini spectatur, rel. Sen. de uita be.* 24. . . *iustae libertatis an inter amicos datae, rel. Ulp.* I, 10. *Paul.* IV, 12, 2. *Mutus et surdus seruum uindicta liberare non possunt, inter amicos tamen et per epistolam manumittere non prohibentur. L.* 38. *pr. De acq. po.* . . . *qui absenti seruo scribit, ut in libertate moretur, rel.;* dazu *Dosith.* 17. Vgl. *Theoph. ad* §. 4. *I. De libert.*, welcher letztere freilich ohne allen Grund die formlose Freilassung gegenüber der förmlichen wieder in ein System von drei Natural-Formen bringt, indem er sagt: *φυσικοὶ δὲ τρόποι ἐλευθερίας ἦσαν τρεῖς, inter amicos, per mensam, per epistolam, καὶ inter amicos μὲν, ἡνίκα φίλων παρόντων ἠλευθέρουν τινά· per mensam, ὅτε συνεστιαθῆναι ἐπὶ ἐλευθερίας δόσει προςέταττον τῷ οἰκέτῃ· per epistolam, ἡνίκα ὄντι αὐτῷ ἐν ἑτέρᾳ χώρᾳ δι' ἐπιστολῆς ἐπέτρεπον διάγειν ἐν ἐλευθερίᾳ*: dazu *Ps.-Quinctil. Decl.* 340. 342. *Gai. epit.* I, 1, 2. . . . *aut per epistolam aut inter amicos aut conuiuii adhibitione, Isid.* IX, 4. *per epistolam libertatem sumentes; Dirksen* Vers. S. 93. Wie solche unförmliche, zunächst also ungültige, Freilassungen im Verlaufe der Zeit erst zu einer *Tuitio Praetoris* gelangten, dann die gesetzliche Wirkung minderer Freiheit erhielten, u. s. w., darüber s. §. 246. Dagegen konnten sie jederzeit durch nachträgliche Beobachtung einer der ordentlichen Manumissionsformen ergänzt und zur vollen Wirksamkeit einer gehörigen Freilassung erhoben werden: welche Handlung *Iteratio* hiess, *Ulp.* III, 1. 4. *Dosith.* 16. . . . *ei* (*inter amicos manumisso*) *hoc prodest libertas, ut postea iterum possit uindicta uel testamento manumitti et ciuis Rs. fieri. Tac. A.* XIII, 27. . . *manumittendi duas species institutas, ut relinqueretur poenitentiae aut nouo beneficio locus; quos uindicta patronus non liberauerit, uelut uinculo seruitutis attineri, rel. Plin. Ep.* VII, 16. . . . *si uoles*

uindicta liberare quos proxime inter amicos manumisisti, (ex itinere deflectet ad te Procos.) rel. *Vat. Fr.* 221.

Constantin stellte noch zwei Formen der Freilassung auf:

1°. Freilassung in der Kirche vor versammelter Gemeinde, unter Abfassung einer Urkunde mit Unterschrift der Vorsteher als Zeugen, *L.* 1. *C. De his qui in eccles.* (I, 13.), daher bei *Gai. epit.* I, 1, 1.: *testamento aut in ecclesia aut ante Consulem.*

2°. Geistliche sollen durch jede bestimmte Willenserklärung im Leben oder Sterben gültig freilassen können, *L.* 2. *C. eod.* = *L. un. C. Th. De manum. in eccl.* (IV, 7.)

Ueber beides vgl. *Sozomen. Hist. eccles.* I, 9.

Endlich verordnete *Iustinian* in *L. un.* §§. 1. 2. *C. De Lat. lib. toll.*, dass die *Manumissio per epistolam* vollgültige Form sein sollte, wenn die Echtheit der Schrift durch fünf Zeugen beglaubigt sei; ebenso die *Manumissio inter amicos* vollwirksam, wenn dabei fünf Zeugen zugezogen und über den ganzen Act gehörige Urkunde gefertigt sei; welche Bestimmungen beide unter die Analogie der Codicillarform (unbeschadet der sofortigen Wirksamkeit bei Lebzeiten) gestellt werden.

§. 248. Besondere Fälle der Freilassung.

I. *Manumissio mortis caussa.* — Die Formalnatur der *Manumissio uindicta* ist mit ausdrücklicher *Condicio* oder *Dies* unverträglich, *Vat. Fr.* 49. *L.* 77. *De R. I.* Wohl aber liess man es im Verlaufe der classischen Zeit zu, dass die Wirksamkeit des *pure* vollzogenen Formalactes durch formlosen Vorbehalt auf den Tod des Freilassers gestellt und für dessen ganze Lebenszeit dem freien Wiederruf unterworfen werde. Da nämlich die eingetretene Freiheit selbst nicht wieder rückgängig gemacht werden kann, so bleibt der so Freigelassene, wie er auch durch den Willen des Herrn *de facto* lebe, rechtlich inzwischen Sclave, und konnte auch bei unförmlicher Freilassung nicht früher *Latinus* werden (o. §. 246.) als bei förmlicher *Ciuis*.

Neben einer blossen Erwähnung in §. 6. *I. De eo cui lib. ca.* ist es die einzige *L.* 15. *De manum.*, welche diesen Fall der Freilassung, und zwar in beider Gestalt, förmlicher und unförmlicher (doch für letztere der Interpolation verdächtig), zur Sprache bringt, nämlich so: (*Marcell.*) *Mortis caussa seruum manumitti posse, non est dubitandum. Quod non ita tibi intelligendum est, ut ita liber esse iubeatur, ut, si conualuerit dominus, non sit liber* (*Doroth.*: *μηκέτι γένηται ἐλεύθερος*); *sed, quemadmodum si uindicta eum liberaret absolute, scil. quia moriturum se putet, mors eius exspectabitur: similiter et in hac specie in extremum tempus manumissoris uitae confertur libertas, durante scilicet, propter mortis caussae tacitam condicionem, uoluntate manumissoris; quemadmodum cum rem ita tradiderit, ut moriente eo fieret accipientis, quae ita demum alienatur, si donator in eadem permanserit uoluntate:* bei welcher Stelle *Dorotheus ad Basil. h. l.* durch obiges *μηκέτι* mehr richtiges Verständniss verräth, als *Merillius, Obss.* VII, 14. durch Herholung von *Tac. A.* XIII, 27. *L. un.* §. 6. *C. De Lat. lib. toll.* und *L. fi. Pro derel.* oder *Heineccius, Ant.* I, 4. 5, 6. mit *Appian. B. C.* IV, 135. zuwege gebracht hat.

II. Eine ähnliche Erscheinung darf man in der *Manumissio matrimonii caussa* nicht finden. Zwar soll nach *L.* 21. *Qui et a qui.* und *L.* 19. *De man. uind.* auch hier die Freiheit bis zur Eingehung der Ehe suspendirt bleiben und ohne dieselbe gar nicht eintreten; doch bezieht sich dies blos auf die Freilassungen von und durch Personen unter 30, resp. 20 Jahren, *L.* 13. *De man. uind.*, und gilt nicht durch den Willen des Freilassers, sondern *necessitate iuris* in Folge der *Lex Aelia Sentia* (o. §. 245.), wie denn für anderweitige Fälle von *Manumissio matrimonii caussa* in der Person des Freilassers weder eine Pflicht noch ein Bedürfniss (vgl. z. B. *L.* 29. *De R. N.*) abzusehen ist, wodurch eine ähnliche Suspension der Freiheit hätte veranlasst werden können.

III. Die *Manumissio sacrorum caussa* wird blos in zwei Stellen von *Festus* erwähnt, und ist daraus ihrem Wesen nach nicht genau zu erkennen. Nämlich

1.° (*Ed. Mueller p.* 250. 251.) *Puri probi profani sui auri dicebatur in manumissione sacrorum caussa. Ex qui-*

bus *puri* *significat quod in usu spurco non fuerit,* *probi* *quod recte excoctum purgatumque sit,* *profani* *quod sacrum non sit et quod omni religione solutum sit,* *sui* *quod alienum non sit.*

2.* (*ib. p.* 159. *Epit.*) *Manumitti seruus dicebatur, quum dominus eius aut caput eiusdem serui aut aliud membrum tenens dicebat:* HUNC HOMINEM LIBERUM ESSE UOLO, *et emittebat eum e manu.* Dazu *Festi Fragm.* (*ib. p.* 158., wo aber das Eingehakte nur Conjectur ist): [*Manumitti dicitur*] *seruus sacrorum* [*caussa, cum dominus eius tenens m*]*odo caput* [*modo membrum aliud eiusdem serui ita*] *edicit: Hunc* [*hominem liberum esse uolo, ac pro eo*] *auri X.* [*puri probi profani mei soluam, si*] *usquam digre*[*diatur a sacris cum fuerit iuris*] *sui; tum is ser*[*uum circumagit et e manu homi*]*nem liberum mit*[*tit.*]

Hieraus ergibt sich nur so viel, dass die Form, ganz verschieden von der *Manumissio uindicta,* in einseitiger Rede (*Dictio*) des Herrn bestand, durch welche der Sclave, wie es scheint, einem bestimmten Tempeldienste gewiedmet und zugleich auf einen gewissen Fall oder zu gewissem Zwecke ein bestimmter Geldbetrag zugesagt wurde, — alles wohl in Gegenwart von Priestern, welche die *Dictio* und den Gewiedmeten selbst zu Handen des Tempels angenommen haben mögen.

Es ist ungewiss, inwiefern hieher auch noch *Seruius ad Aen.* XI, 558. 591. 830. gehört, wo neben anderm folgendes vorkommt: *Voueo* (*famulam*) *i. e. consecro in tuum ministerium* ... *In sacris legitur posse etiam opera* (*solemni more*) *consecrari ex seruis, usque dum soluatur caput hominis, i. e. liberetur sacrationis nexu* (*quod facilius potest morte contingere*); * *aut enim numen famulae quam serui significatur condicionis.* * (*corr.*)

Schwierig bleiben insbesondere zwei Hauptfragen, nämlich 1.° zu welchem Rechtsverhältniss obige Handlung geführt habe, und 2.° warum von dieser ganz besondern Form der Freilassung neben den drei ordentlichen Formen (o. §. 243.) in unsern juristischen Quellen keinerlei Erwähnung geschieht. Dürfte man nun zu 1.° an das Verhältniss der ἱερόδουλοι denken, welche ihrem Gotte und Tempel leib-

eigen, aber vor den Menschen frei und unverletzlich waren (*Plutarch. Amator. p.* 76. *Reitz.* IX.... *οἷς ἂν Ἔρως κύριος ἐγγένηται, τῶν ἄλλων δεσποτῶν... ἐλεύθεροι καὶ ἄφετοι, καθάπερ ἱερόδουλοι διατελοῦσι,*) *Eurip. Ion* 312. *τοῦ θεοῦ καλοῦμαι δοῦλος εἰμί τ' ὦ γύναι.* vgl. *Strab.* XII, *p.* 183. *Tzsch.*, *Boeckh* Staatsh. d. Ath.[r] I, *p.* 76. und bei *Hirt* die Hierodulen, Berlin 1818. 8. S. 50 ff., wo gesagt wird: „in diesen bessern Zustand kamen diese Leute häufig durch eine in Schenkung oder Verkauf an die Gottheit eingekleidete Freilassung"; auch *Dureau de la Malle Économie politique des Romains* I, *p.* 144.), und welche gleichartig wie bei den Griechen auch bei den Römern vorkommen, so z. B. die *Martiales* in *Larinum, Cic. p. Cluen.* 15., die *Venerei* auf dem *Eryx* in Sicilien, *Ver.* III, 20. 25. 44. IV, 46. II, 38. *Diuin. in Caec.* 17., die *Fanatici de aede Bellonae, Iuuen. Sat.* IV, 123. *Orell. Inscr.* 2316. f., vielleicht auch die *Galli Magnae matris*, *Val. M.* VII, 7, 6.: so würde dann auch die zweite Frage sich von selbst dahin beantworten, dass, wie milde auch die Sclaverei erscheint, bei welcher einem Gotte allein das Eigenthum und selbst seinem Priester nicht die volle Macht (wie Veräusserung u. dgl.) zusteht, und wie sehr daher der Uebergang aus gemeiner Sclaverei in diesen Zustand (durch jene Weihung in Folge von Schenkung, Verkauf u. dgl.) der fühlbaren Wirkung nach dem Uebergange zur Freiheit nahe kommt und selbst den Namen einer Freilassung annehmen mag, doch civilistisch die Ansicht, wenn gleich nach manchen Anfechtungen und Zweifeln, sich festsetzte, dergemäss der bürgerliche Stand solcher Gottessclaven immer noch Sclaverei und nicht rechte Freiheit wäre; wonach denn auch die *Manumissio sacrorum caussa* mit den drei ordentlichen Formen rechter Freilassung nicht auf gleiche Linie gestellt werden konnte. Ueber die *Manumissio sacrorum caussa* vgl. i. A. *v. Savigny* üb. die *Sacra pri.* in Verm. Schr. I, S. 198., *Rein* R. Priv. R., S. 273. — u. d. das. ang. Schriftst., auch *Puchta* Inst. II, §. 213, e. *Walter* R. G. §. 454.

IV. *Adoptio serui.* In §. 12. *I. De Adopt.* (vgl. dazu *Theoph.*) wird es als die Ansicht von *Cato* (muthmasslich des *Censorius* Sohn, † a. 600.) erzählt, dass die Adoption eines eignen Sclaven zwar nicht väterliche Gewalt über

denselben, aber doch dessen Freiheit bewirkt habe. *Schrader ad d.* §. meint, das wäre, da niemand dem Herrn hätte mancipiren können, eine *Adrogatio* und als solche, wegen mangelnder *comitiorum communio* bei dem Sclaven, ungültig gewesen; wogegen *Dirksen* Versuche, S. 85. f. die *Adoptio serui* eine *Manumissio per adoptionem* nennt, mit *Manumissio per filii nominationem* gleichbedeutend erklärt, und darin nichts anderes als eine der unförmlichen Arten der Freilassung findet, vgl. auch *Zimmern* §. 201. — Beides wohl ganz unrichtig. Wenn jemand seinen Sclaven adoptiren wollte, so musste dies durch Mancipation desselben an einen Dritten und Vindication von diesem durch den bisherigen Herrn, *ex I. Q. filium esse,* geschehen, und wenn dies nach *Cato* zwar Freiheit, aber nicht väterliche Gewalt bewirkt, also für *Manumissio uindicta,* aber nicht für *Adoptio* gilt: so gleicht dieser Fall, wie auch *Theophilus* andeutet, jenen andern (vgl. *Keller* C. Pr. N. 303. ff.), wo die *In iure cessio* auch halbe Wirkung hat. Da übrigens nicht abzusehen ist, warum man einen eignen Sclaven weniger hätte adoptiren können, als einen fremden (zumal man den eignen jeden Augenblick zu einem fremden machen konnte), so muss wohl *Cato* anderer Meinung gewesen sein als jene *Plerique* bei *Sabinus* (o. S. 203.), welche die Adoption eines von seinem Herrn dargebotenen Sclaven zugelassen haben sollen.

V. Von jeher schrieb sich der Staat die Befugniss zu, welche von dem Senat, später von dem Kaiser, nicht selten ausgeübt wurde, einem Sclaven für besonderes Verdienst um den Staat die Freiheit (gewöhnlich mit einer Aussteuer in Capital) zu schenken und zu diesem Behufe gegen den Eigenthümer eine Expropriation unter Entschädigung eintreten zu lassen, *Cic. p. Bal.* 9. *seruos . . bene de repu. meritos, persaepe libertate, id est ciuitate, publice donari uidemus.* Vgl. z. B. *Liu.* II, 5. *praemium indici (Vindicio, Vitelliorum seruo, a.* 245.) *pecunia ex aerario, libertas et ciuitas data,* XXII, 33. *indici data libertas et aeris grauis XX. M.* (*a.* 537.); vgl. auch XXXIX, 19. Dann *Cic. p. C. Rab. perd. r.* 11. *Scaeuae, seruo Q. Crotonis, qui occidit Saturninum, libertas data est* (*a.* 654.). Die Form solcher Befreiung scheint die gewöhnliche *Manumissio per uindictam* gewesen zu sein

Und wie solche Freilassungen wegen Verdienstes um das öffentliche Wohl in der Folge für gewisse Fälle unter eine ordentliche Regel gestellt wurden, darüber s. §. 249.

Uebrigens wurde eine solche Befugniss den einzelnen Städten und ihren Behörden nicht zugeschrieben, und kaiserliche Verordnungen schützten das Recht des Eigenthümers gegen zudringliche Acclamationen einer versammelten Volksmenge, *L.* 17. *pr. Qui et a qui.*, *Dosith.* 9. *Suet. in Ti.* 47.

---

§. 254. Patronus und Libertus.

Titt. ff. u. *C. De iure patron.* (XXXVII, 14. VI, 4.) *De obseq. par. et patro.* (*ib.* 15. u. *ib.* 6.) *De op. lib.* (XXXVIII, 1. VI, 3.)

Durch die Freilassung tritt an die Stelle absoluter Herrschaft ein gemildertes Verhältniss von Respect und Protection, welchem die natürlichen Gefühle von Dankbarkeit und Wohlwollen zum Grunde liegen. *L.* 9. *De obseq. par.* (*Ulp.*) *Liberto et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni uideri debet.* Durch Gesetze, Edict und Doctrin ist daraus ein geordnetes Rechtsverhältniss geworden, welches theils bei Lebzeiten theils bei dem Tode des *Libertus* seine Wirkungen äussert, und sich nicht blos auf die Person des Patrons, sondern auch auf seine Familie bezieht. Ein Ausdruck davon ist es, dass der *Libertus* den Namen des Patrons annimmt, *Lactant. Inst.* IV, 3. *et filius manumittitur tamquam seruus, et seruus liberatus patroni nomen accipit tamquam filius;* z. B. *Cic. p. S. Ro.* 2, 6. *ad Fam.* XIII, 23. *Plin. H. N.* XXXV, 58. XXV, 3. XXXI, 3. Was sich hieran zu knüpfen pflegte, s. z. B. in *L.* 77. §. 15. *L.* 88. §. 6. *De legat.* 2°. *L.* 38. §. 2. *L.* 94. *eod.* 3.° *L.* 108. *De C. et D.*

Vor allem ist der Freigelassene dem Patron *Obsequium et reuerentiam* schuldig, und dafür soll diesem der nachdrückliche Schutz der Magistrate *extra ordinem* durch Zurechtweisung, Züchtigung, Vermögensübertragung, nöthigenfalls selbst durch Criminalstrafe, zu Theil werden, *L.* 1. *L.* 7. §. 1. *De iur. patro.* *L.* 1. §. 10. *De off. P. U.* *L.* 9. §. 3. *De off. procos.*

In älterer Zeit stand dem Patron eine gewisse allge-

meine Disciplinargewalt zu, *Val. M.* VI, 1, 4., dann (wohl nach der *Lex Aelia Sentia*, *Dio C.* LV, 13. a. E.) noch die Befugniss der Verweisung aus Rom, *Tac. A.* XIII, 26. *Quid enim* (so wird unter *Nero* im Senat geklagt) *aliud laeso patrono concessum quam ut uicesimum ultra lapidem in oram Campaniae libertum releget? caeteras actiones promiscuas et pares esse.* Ueberhaupt soll sich der *Libertus* von dem Patron manches gefallen lassen, was zwischen andern Personen als wörtliche oder thätliche Injurie u. dgl. gelten könnte, *L.* 7. §. 2. *L.* 11. §. 7. *De iniur.*

Für grobe Undankbarkeit gewährte die *Lex Aelia Sentia* eine rechte Anklage, *Dosith. Hadr. Sent.* 3. *L.* 30. *Qui et a qui. L.* 70. *pr. De V. S.* vgl. auch *LL.* 4. 11. *De obseq. par.* Auch sollte man ihn dafür wieder in die Sclaverei zurücknehmen dürfen, was erst in einzelnen Fällen verfügt, *Sueton. in Clau.* 25. *libertinos ... ingratos, et de quibus patroni quererentur, reuocauit in seruitutem, aduocatisque eorum negauit, se aduersus libertos ipsorum ius dicturum. L.* 5. *pr. De iur. patro.*, dann noch unter *Nero* vom Kaiser und Senat als ordentliche Rechtsregel verweigert, *Tac. A.* XIII, 26., aber doch später als solche anerkannt wurde, *L.* 6. §. 1. *De agnosc.* (*Imp. Commodus*) *L.* 21. *Quod met. ca.*, *d.* §. 1. I. *LL.* 2. 12. *C. De op. lib. L.* 30. *C. De lib. ca. L.* 2. *C. De libert. L.* 1. *C. Th. eod.* (IV, 11.) Als *ingratus* gilt auch der *Libertus*, welcher sich weigert, die Vermögensverwaltung für den Patron oder die Tutel über dessen Kinder zu übernehmen, *L.* 19. *De iur. patro.* (u. §. 258.) Der *Libertus* darf den Patron ohne besondere Erlaubniss des Prätor nicht *in ius* vociren (o. §. 181.), und es wird ihm gegen denselben nicht allein jede *Actio famosa*, sondern auch jede *Actio*, *Interdictum*, *Exceptio* u. dgl. versagt, welche *atrocitatem facinoris in se habet*, auf *Fraus* oder *Dolus* gestellt oder sonst mit einer die Ehre antastenden Qualification seiner Handlungsweise versehen ist; *L.* 5. §. 1. *L.* 7. *pr. De obseq. par. L.* 4. §. 16. *De dol. exc.* (*quae patroni ... opinionem aut bonos mores suggillet*); so findet *A.° iniuriarum* oder *de dolo* selbst dann nicht Statt, wenn der Patron vertreten wird, *L.* 2. *pr. De obseq. par.*, vgl. *L.* 11. *De dolo. L.* 11. §. 7. f. *De iniur.*, (*Keller* C. Pr. §. 58, 4.); auch nicht *Interd.^m de ui* (es

wäre denn *hominibus coactis armatisue*, vgl. *Keller Sem. ad M. T. C.* II, §. 3.), *L.* 2. §. 1. *De obseq. par. L.* 1. §. 43. *De ui*, oder *Quod ui aut clam*, *L.* 7. §. 2. *De obseq. par.*, noch *A.*° *de seruo corrupto*, *L.* 6. *eod.*, oder *de calumnia*, *L.* 5. *pr. eod.*, noch *Exc.*° *doli* oder *metus*, *L.* 7. §. 2. *De obseq. par. L.* 4. §. 16. *De dol. exc.* u. s. w.; wobei die versagte *Actio* oder *Exceptio* nach Möglichkeit und Befinden durch *A.*° oder *Exc.*° *in factum* behufs reiner Abwendung wirklichen Schadens ersetzt wird, *L.* 11. §. 1. *L.* 12. *De dolo. d.* §. 43. u. §. 16. (vgl. o. §. 180.). Auch das *Iusiurandum calumniae* darf, wo es sonst Statt findet, von dem Patron nicht verlangt werden, wogegen die *Clausula doli* in prätorischen und andern Stipulationen seinen Ehren nicht zuwider läuft, *d.* §. 16. Endlich steht bekanntlich dem Patron gegen den *Libertus* das *Beneficium competentiae* zu (o. §. 195.). Letzterer ist auch zur Alimentation im Nothfalle verbunden, wie diese Pflicht im umgekehrten Falle hinwieder dem Patron, zwar ohne Zwang, doch bei Verlust des Patronates, obliegt (o. §. 174.).

Ueber die Tutel des Patrons s. u. §. 257. und über dessen Erbrecht §. 302. ff.

Wenn ein gemeinsamer Sclave gehörig freigelassen ist, so steht der Patronat allen gewesenen Eigenthümern zu, *L.* 48. *De man. te. Gai.* III, 59.

Die Kinder des Patrons haben insofern einen familienrechtlichen Antheil an dem Patronat, als dieser bei dem Tode ihres Vaters unabhängig von dessen Erbschaft auf sie übergeht, und auch schon bei Lebzeiten in dem rein persönlichen Verhältniss zwischen ihnen und dem *Libertus* sich wirksam zeigt, *L.* 9. *pr.* vgl. *L.* 24. *De iur. patro. Gai.* III, 58. Doch kann nach einem *SC.* unter *Claudius* der Patron, wenn er wenigstens zwei leibliche Kinder *in potestate* hat, einem seiner Kinder, sei dasselbe *in potestate* oder *sui iuris*, (oder auch mehrern) den Patronat ausschliesslich adsigniren, so dass er bei des Vaters Tode auf dies Kind so übergeht, als wenn es selbst der *Manumissor* wäre, und erst nachdem es nebst seinen Kindern, Enkeln (*in potestate* oder emancipirten) weggefallen ist, an die übrigen Kinder und deren Descendenz (so wie wenn die Adsignation nicht geschehen wäre) zurück fällt, *L.* 1. *pr.* §. 1. *L.* 3. §. 4–6. *L.* 9. *L.* 13. §. 1. 2.

h. t. (*De adsign. lib.*) *L.* 30. §. 5. *Qui et a qui.* Ob die Freilassung bei Lebzeiten oder durch letzten Willen geschah, macht keinen Unterschied, *L.* 6. *L.* 13. *pr. h. t.*, und jegliche Willenserklärung unter Lebenden oder auf den Todesfall ist hinreichend, *L.* 1. §. 3. *h. t.*, dabei auch *Dies a quo* und Suspensivbedingung zulässig, *LL.* 7. 10. 13. §. 3. *h. t.*, so wie formlose Ademtion, *L.* 1. §§. 4. 6. *h. t.* Als Vermächtniss wird die Adsignation nicht betrachtet, *d. L.* 7., obgleich zuweilen von *legare libertum* gesprochen wurde, *L.* 6. *h. t.* Auch einem enterbten Kinde kann adsignirt werden, *L.* 1. §. 5. f. *h. t.* Einem Enkel, sogar *ex filio in potestate*, kann ebenfalls adsignirt werden, so wiederselbe auch unter den zwei Kindern mitgezählt wird, *L.* 3. §. 1. f. *h. t.* Wenn mehrern adsignirt ist, so wächst das Recht des einen, welches ausschlägt oder wegfällt, den andern an, *L.* 3. §. 7. *LL.* 4. 5. *h. t.* Kindern des Freilassers steht niemals das Recht zu adsigniren zu, *L.* 8. *h. t.* Wenn der *Libertus* mehrere *Patroni* hat, und einer derselben adsignirt, so kann dadurch dem Rechte des andern oder seiner Kinder niemals Abbruch geschehen; vielmehr bleibt der Satz vollwirksam, dass der Patron die Kinder des Patrons (des andern wie seine eignen) und die Kinder die Enkel u. s. w. ausschliessen; und in seiner eignen Familie tritt der Assignatar oder seine Kinder, wenn sie dessen bedürfen, stets an die Stelle dessen, welcher mit den Nachkommen des andern Patrons zu concurriren berechtigt ist, *L.* 1. §. 8. *L.* 2. *L.* 3. *pr.* *L.* 12. *h. t.* Und wenn der einzige Patron mehrern Kindern adsignirt hat, so stehen diese unter der Analogie mehrerer Freilasser, *L.* 5. §. 1. f. *h. t.* Endlich ist die *Adsignatio liberti* überall nicht zu verwechseln mit der Ueberweisung (*adtributio*) einzelner *Liberti* an einzelne Kinder behufs der Verabreichung von Alimenten, *L.* 11. *h. t.* *L.* 3. *De alim. leg.*

Ausser den im Patronat von selbst enthaltenen Rechten konnte der Patron sich bei der Freilassung noch besondere Leistungen versprechen lassen, namentlich gewisse periodische und Gelegenheits-Geschenke, *dona et munera*, und Dienste, *operae*, *L.* 7. §. 3. *L.* 47. *De op. lib.* *LL.* 53. 194. 214. *De V. S.* Die *Operae* waren theils *officiales*, Aufwartung und Ehrendienste, mehr persönlich-individueller Natur, theils

fabriles, handwerk- oder kunstartige, mehr sachlich-fungibel, *L.* 26. §. 12. *De cond. ind. L.* 9. §. 1. *L.* 23. *pr. De op. lib.*

Als Form dieses Versprechens war Stipulation oder Eid erforderlich, *Cic. ad Att.* VII, 2, 8. *Gai. ep.* II, 9. 4. *L.* 3. *pr. L.* 5. *L.* 7. *pr.* §. 1. ff. *LL.* 8. 10. 30. *pr.* 31. *L.* 37. *pr. De op. lib.*, und zwar nach eingetretener Freiheit, *L.* 44. *pr. De lib. ca. L.* 7. §. 2. *De op. lib. L.* 36. *De man. te.* Das Versprechen konnte auch die Kinder und die Frau des Patrons einschliessen, *L.* 5. *L.* 22. §. 1. *De op. lib. L.* 44. §. 1. *De lib. ca.*; sonst gingen die *Operae officiales* nur auf die den *Patronus* oder die *Patrona* beerbenden Kinder über, wogegen die *fabriles* ohne weiteres zur Erbschaft gehörten, *LL.* 6. 7. §. 6. ff. *L.* 9. §. 1. *L.* 22. §. 1. *LL.* 29. 51. *De op. lib.* Es scheint, dass jener mehr familienrechtliche Charakter erst später Anerkennung gefunden hat, während man früher die *Operarum obligatio* mehr als ein gemeines Vermögensrecht behandelte, vgl. *d. ll.* mit *L.* 4. *eod.* Wie die *officiales* nach Anspruch und Leistung enger an die beiderseitige Persönlichkeit geknüpft sind, zeigt sich auch in ihrer Unübertragbarkeit, welche nicht allein Abtretung resp. Stellvertretung, sondern auch Vermiethung und die Beifügung eines *Solutionis caussa adiectus* ausschliesst, *L.* 9. §. 1. *LL.* 10-12. *L.* 23. *pr. L.* 25. *pr. LL.* 27. 44. *eod.* So wurden die *Operae* auch gewöhnlich in Art und Maass mehr oder weniger unbestimmt versprochen, so dass dann in der einen oder andern Beziehung das billige Ermessen je nach der beiderseitigen Persönlichkeit walten und unter Umständen selbst *fabriles* statt *officiales*, Vermiethung der erstern u. dgl., auch Vermehrung und Verminderung, zulassen musste, *LL.* 16. 17. 23. *pr.* 25-27. 34. 50. *eod.*, wie denn unerlaubte, unwürdige, übermässige, gefährliche (für Leben, Gesundheit, Unterhalt des *Libertus*) Dienste nicht verlangt werden durften, *L.* 7 §. 3. *L.* 38. *pr. LL.* 18. 19. 33. 50. §. 1. *eod.* Nicht selten wurden die *Operae* nach ihrer Zahl bestimmt oder diese gerade auf billiges Ermessen abgestellt, was dann so viele ganze Tage von Dienstleistung, mit Ausschluss halber Tage oder einzelner Stunden, begriff, *L.* 15. §. 1. *L.* 30. *pr.* vgl. *L.* 1. *L.* 3. §. 1. *L.* 8. *pr. eod.* Die zu leistenden *Operae* sind dem *Libertus* auf bestimmte Tage anzusagen (*indicere*), und liegen ihm demgemäss ob (*cedunt*), *L.* 13. §. 2. *L.* 22. *pr.*

L. 24. *eod.*, wobei indess, zumal bei mehrern *Patroni* oder bei entferntem Wohnort von *Patronus* und *Libertus*, billige Auskunft zu treffen ist durch Verständigung über die Ansage, Reisekosten u. dgl., *L.* 20. §. 1. *LL.* 21. 23. §. 1. *L.* 49. *eod.* Wenn die obliegenden *Operae* (*quae cesserunt*) auf schuldhafte Weise, *L.* 15. *pr. l.* 23. §. 1. *l.* 34. *eod.*, gar nicht oder nicht gehörig geleistet werden, so verfällt, jedoch erst beim Ablaufe derjenigen Zeit, welche sie einzeln hätten erfüllen sollen, eine *Actio* auf den Geldwerth (*Quicquid* oder *quantam pecuniam N.*[m] *A.*[o] *dare oportet*), ohne *arbitrium* auf natürliche Leistung, die nicht mehr nachgeholt werden kann, *L.* 2. §. 1. *L.* 3. *pr. L.* 8. *pr. L.* 9. *pr. L.* 13. §. 2. *L.* 24. *L.* 26. §. 1. *L.* 39. §. 1. *eod.*, und diese Klage geht in den Fällen, wo die *Obligatio operarum* sich nicht vererbt, selbst nach der *Litis contestatio* auf den Erben nicht über, *L.* 29. *eod.*

Das *Interdictum de liberto exhibendo* stand dem Patron zu, um diesem die *Operae* ansagen zu können, *Gai.* IV, 162. *L.* 2. §. 1. *De interd.*

Die *Lex Aelia Sentia* verbot, sich anstatt der Dienste Geld versprechen zu lassen, *L.* 32. §. 1. f. *Qui et a qui. L.* 5. §. 22. *De agnosc. L.* 6. §. 1. *De iur. patro. L.* 39. *ff. L.* 6. *pr. C. De op. lib.*, wozu man auch das Vermiethen der schuldigen *Operae* dann zählte, wenn in den persönlichen und sachlichen Verhältnissen kein Hinderniss lag, sie sich in Natura leisten zu lassen, *L.* 25. *eod.* Doch war der bedürftige Patron von jenem Verbote ausgenommen, und wurde für solches Geldversprechen, nach Analogie der Alimentenforderung, *extra ordinem* geschützt, *L.* 1. *C. L.* 12. *ff. eod.*

Ueberhaupt wurde immer mehr den Verpflichtungen Einhalt gethan, welche man bei der Freilassung auf diese und jene Fälle und unter mannigfaltigen Titeln aufzulegen angefangen hatte, — *libertatis onerandae caussa*, wie es hiess, indem dadurch der *Libertus* einerseits in eine übertriebene Abhängigkeit und Verkümmerung seiner Freiheit gerieth, anderseits vor und kurz nach der Freilassung nicht recht in der Lage war, sich solcher Zumuthungen zu erwehren. Zu diesem Behufe brachte der *Praetor Rutilius* (um d. J. 650.) insbesondere die *Exceptio Quod libertatis onerandae caussa promissum sit* auf (doch unbeschadet der Befugniss, eine an-

gemessene Entschädigung für die Freilassung sich vorher zu bedingen und nachher, gleich anderm, was von früher her *naturaliter* geschuldet wurde, *L.* 1. §. 4. *Quar. rer. a. n. d.*, in rechtsverbindlicher Weise versprechen zu lassen, *L.* 2. §. 2. *eod.*), und liess höchstens die auf den Fall, *si ei obsequium non praestaret*, bedungene *Societas* in dem Vermögen des *Libertus*, zu gleichen Theilen, zu, *L.* 1. *pr.* §. 1. *De bo. lib.* *L.* 2. *pr. De op. lib.* *L.* 1. §. 5. f. *L.* 2. §. 2. *Quar. rer. a. n. d.* Bald wurde aber auch diese ausgeschlossen, *L.* 1. §. 7. *eod.* *L.* 36. *De op. lib.* (Ulpian nach Labeo). Dafür erhielt nun der Patron einen bestimmten Theil des Nachlasses mehr unabhängig von dem Willen des *Libertus*, durch *Bonorum possessio contra tabulas*, *L.* 1. §. 2. *De bo. lib.*, wovon u. §. 306., welcher Anspruch jedoch wegfiel (*liberam testamentifactionem nanciscebatur*, *L.* 41. *De op. lib.*), wenn der Patron bei dem Tode des *Libertus* es vorzog, die für die Freilassung bedungenen Gegenleistungen (*libertatis caussa imposita*, inbegriffen *munera* und *operae*) zu fordern, *L.* 20. *De iur. patro.* *L.* 7. *pr. C. Th. De testam.* *L.* 2. *C. De bo. po. con. ta.*, oder wenn er bei Lebzeiten ein *libertatis onerandae caussa* erlangtes, also anfechtbares, Geldversprechen zur Erfüllung gebracht hat, *L.* 32. *De op. lib.*, oder wenn die *libera testamentifactio* von dem *Princeps* geradezu ertheilt worden ist, *L.* 3. §. 2. *De bo. lib.*, oder wenn der *Libertus* gesetzlich von der *Operarum obligatio* frei geworden ist, *L.* 41. *eod.*, oder sich davon oder von sonstigen *libertatis caussa imposita* losgekauft hat, *L.* 4. *C.* *L.* 22. §. 1. *ff. eod.* *L.* 37. *pr. De bo. lib.* — Diese gesetzliche Befreiung von allen übernommenen, selbst den fälligen, ja bereits eingeklagten (aber noch nicht zur Condemnation gelangten) *Dona*, *munera*, *operae* und sonstigen *libertatis caussa imposita* trat nach der *Lex Iulia de maritandis ordinibus* für denjenigen *Libertus* (ausgenommen *qui artem ludicram fecerit*, *quiue operas suas, ut cum bestiis pugnaret*, *locauerit*, vgl. o. §. 15. §. 252.) ein, welcher zwei leibliche Kinder, gleichzeitig oder ungleichzeitig, vor oder nach Eingehung der Verpflichtung, oder Ein fünfjähriges Kind in seiner väterlichen Gewalt hat oder gehabt hat, so dass auch die verstorbenen mitzählen, *L.* 37. *ff.* *L.* 6. §. 1. *C. De op. lib.*

Wenn die *Liberta* Frau oder *Concubina* des Patrons wird oder mit dessen Willen sich anderweitig verehlicht, so ist sie keine weitern *Operae* schuldig, so lange die Ehe u. s. w. dauert; doch bleibt dem Patron die Klage für die vorher verfallenen, und gegenüber der *Patrona* findet solche Befreiung überall nicht Statt, so wenig wie für den *Libertus*, wenn er sich verehlicht, gegenüber dem Patron, *L.* 13. §. 3. ff. *L.* 14. *LL.* 28. 30. §. 1. *LL.* 46. 48. *ff. LL.* 8. 11. §. 1. *C. eod.* In demselben Maasse wird die *Liberta* auch durch das Alter von fünfzig Jahren von *Operae* an den Patron frei, *L.* 35. *eod.*, so wie auch durch Erlangung solcher *Dignitas*, — *ut inconueniens sit praestare patrono operas*, *L.* 34. *eod.*

Uebrigens ist das Recht aus einer *Promissio operarum* (wenigstens die schon fällige Forderung) nicht unzertrennlich von dem Patronat, sondern steht z. B. auch dem *Filius patroni* bei Lebzeiten eines zweiten Patrons oder neben Geschwistern, welchen der *Libertus* adsignirt ist, zu, *L.* 51. *L.* 4. *eod.*

Der volle Patronat gebürte nur demjenigen, welchem die Freilassung eigentlich zu danken war. Daher heissen die durch Testament direct Liberirten *Orcini*, *Ulp.* II, 8. *Gai.* II, 267. §. 2. *I. De sing. reb. L.* 10. *C. De test. man.*, und es liegen ihnen keine *Operae* ob, noch dürfen sie ihnen von dem Testator oder von dem fremden Erben, fideicommissarisch oder durch Vertrag, aufgelegt werden, *L.* 95. *De legat.* 1°. *L.* 33. *pr. De fid. lib.*; im Uebrigen (für *Obsequium et reuerentia*, Tutel, Erbrecht u. dgl.) ging aber auch hier der Patronat auf die Kinder über, *L.* 3. §. 3. *De leg. tut. L.* 48. *De man. test. L.* 33. *pr. De fid. lib. L. un.* §. 7. *C. De Lat. lib. to.* In demselben Sinne wird der Sclave *Orcinus*, welcher *ex SC.to Silaniano propter necem domini detectam* die Freiheit erlangt hat (o. §. 249.), es wäre denn, dass ihn dabei der Prätor einer bestimmten Person als *Libertus* zugesprochen hätte, *L.* 4. *pr. De bo. lib. L.* 3. §. 4. *De suis et leg. L.* 5. *Qui si. manum.*

Wenn eine Sclavinn in Folge vertragswidriger Prostitution die Freiheit erlangt hat (o. §. 249.), so fällt der Patronat dem Verkäufer u. dgl. zu, welcher in Kraft des Vertrages ihr die Freiheit verschaffte, niemals aber demjenigen nächsten

oder weitern Erwerber (wäre dies auch der erste Verkäufer selbst), welcher sich die Prostitution beigehen liess, *L. 7. pr. De iur. patro. L. 10. §. 1. De in ius uoc. L. un. §. 4. De Lat. lib. to.*

Der *Manumissor ex fideicommisso* (o. §. 249.) wurde zwar Patron, mit Anspruch auf *Reuerentia*, Tutel und Beerbung, alles nach Maassgabe der Willensmeinung des Testator, aber ohne Anspruch auf Alimente und ohne die Befugniss, sich Geschenke, Dienste u. dgl. zu bedingen oder eine Anklage wegen Undanks anzustellen, oder der *Liberta*, selbst wenn er sie geheiratet hatte, eine anderweitige Heirat zu versagen, *L. 9. De in ius uoc. Vat. Fr. 225. L. 50. De R. N. L. 5. §. 22. De agnosc. L. 3. §. 1. De leg. tut. L. 7. §. 4. L. 47. ff. L. 5. C. De op. lib. L. 29. De bo. lib. L. 3. §. 1. De suis et leg. L. 1. C. De libert. L. 1. C. De b. p. con. tab.* Hatte er sich zwingen lassen, so galt der *Libertus* als *Orcinus, L. 1. §. 3. L. 3. §. 3. De leg. tut. L. 5. L. 30. §. 12. f. L. 49. De fid. lib.*

In ähnlicher Weise findet unvollständiger Patronat Statt, wenn jemand einen Sclaven mit der Maassgabe der Freilassung gekauft hat, derselbe aber *ex constitutione D. Marci* zur Freiheit gelangt ist, *L. 10. pr. De in ius uoc. L. 8. §. 1. De iur. patro. L. 3. §. 2. De leg. tut. L. 3. §. 3. De suis et legit. L. 30. pr. Qui et a qui,* oder wenn er ihn mit dessen eignem Gelde gekauft und freigelassen hat, *L. 5. §. 22. De agnosc. L. 45. §. 2. De R. N. L. 7. C. De op. lib.* (ist dieser ohne den Willen des Käufers frei geworden, so geht letzterm der ganze Patronat verloren, *d. L. 10. pr.*); wogegen derjenige, welcher seinen eignen Sclaven *accepto ab eo pretio* freilässt, den vollen Patronat erhält, *L. 3. De obseq. par. L. 1. C. De bo. lib.*, so wie auch wer den mit der Maassgabe der Freilassung gekauften wirklich freilässt, *L. 45. pr. De R. N., L. 3. §. 3. De bo. lib., L. 38. §. 1. De lib. ca.* Ausgeschlossen ist wenigstens die Anklage wegen Undanks und die Uebernahme oder Leistung von *Operae*, wenn jemand seinen Sclaven für Geld *ab extraneo*, oder einen ihm *manumissionis caussa* (wie *sub pacto fiduciae*) z. B. mancipirten Sclaven manumittirt hat, *LL. 2. 3. C. De op. lib.* (vgl. über den erstern Fall auch *L. 38. §. 1. De lib. ca.*)

Zur Strafe endlich ging der schon vorhandene Patronat

verloren *a*) wegen verweigerter Alimentation im Nothfalle, *L.* 5. §. 1. *De iur. patro.;* nachdem die *Lex Aelia Sentia* erst wohl nur den Verlust der *libertatis caussa imposita* so wie des Intestat- und Notherbrechtes ausdrücklich vorgeschrieben hatte, *L.* 6. *pr. De agnosc. L.* 33. *De bo. lib.;* ferner *b*) wegen einer von dem *Patronus maior* 25. *annis* erhobenen *Capitis accusatio* oder *Vindicatio in seruitutem, L.* 9. §. 1. *LL.* 10. 11. 17. *De iur. patro.* (wonach jene schon nach den XII. Tafeln und nach der *Lex Iulia et Papia Poppaea* das Erbrecht ausschloss, und zwar diejenige des *Patronus* auch das Erbrecht des *Filius patroni,* aber weder die des *Patronus* noch des *Filius* das Erbrecht des *Nepos*, obgleich letzteres controvers gewesen war) *L.* 10. §. 11. *De in ius uoc.* (Freigebung der *In ius uocatio* aus dem einen und dem andern Grunde). *L.* 5. §. 23. *De agnosc.* (Wegfallen der Alimentationspflicht) *L.* 14. *pr. L.* 30. *De bo. lib.* (Verweigerung der *Bonorum possessio contra tabulas* aus beiden Gründen, mit Ausnahme des Falles, da die *Vindicatio in seruitutem* nur behufs Erhaltung der Evictionsklage, o. §. 119., geschehen war); — endlich *c*) wegen Abnahme des eidlichen Versprechens nicht zu heiraten oder was dem gleich kam, *LL.* 6. 15. *De iur. patro. L.* 3. §. 5. *De suis et leg. L.* 24. *De bo. lib. LL.* 31. 32. *pr. Qui et a qui.*

Das einem *Libertus* von dem Kaiser ertheilte *Ius aureorum annulorum* (o. §. 9.) that dem Patronat keinen Eintrag, obgleich es im Uebrigen die *Imago ingenuitatis* gewährte, und daher nicht hinter dem Rücken des Patrons nachgesucht werden sollte, *Vat. Fr.* 226. *LL.* 5. 6. 3. 1. *ff. L.* 2. *C. De iur. aur. an. L.* 10. §. 3. *De in ius uoc. L.* 3. *pr. De bo. lib.* (uneigentlich: *uiuit quasi ingenuus, moritur quasi libertus*) *L.* 42. *Ad. L. Iul. de adult.;* — wohl aber die *Restitutio natalium,* welche, wenn nicht durch falsches Vorgeben freier Geburt erschlichen, volle Ingenuität bewirkt und den Patronat aufhebt, desswegen aber auch vorzugsweise die Einwilligung des Patrons in der Regel voraussetzt, *Tit. De natal. rest. L.* 3. §. 1. *De bo. lib.* Uebrigens kann vom Kaiser auch die *Libera testamentifactio* besonders ertheilt und damit das Notherbrecht des Patrons ausgeschlossen werden, §. 2. *ib.*

Nach der Verordnung Justinians in *L.* 3. *C. De bon. lib.* sollte fortan bei der Freilassung unter Lebenden oder auf den Todesfall das Recht des Patronates nachgelassen werden können bis auf die *Reuerentia* und die Klage wegen Undanks, welche dabei einzig erhalten bleiben. Daran änderte auch *Nov.* 78. *c.* 1. 2. nichts, indem sie für die Zukunft allen Freigelassenen als solchen das *Ius aureorum annulorum* und *regenerationis* ertheilte. Endlich sollte nach *L.* 2. *C. eod.* (v. J. 367.) der Patronat auch dadurch untergehen, dass der *Libertus* mit Erlaubniss des Patrons eine fiscalische Sclavinn oder *Colona* zur Frau nahm.

---

§. 258. Unfähigkeit zur Tutel, Excusation u. dgl.

Adde: Tit. ff. et C. De excusat. tut. (XXVII, 1. V, 62.) *Vat. Fr.* §§. 123-247. *Paul.* II, 27-29.

I. Unfähig zu aller Tutel als einem *uirile officium* sind die Frauenzimmer, *Gai. d.* §. 195. *L.* 16. *pr. L.* 18. *De tutel. L.* 1. §. 1. *L.* 3. §. 4. *De leg. tut. L.* 21. *pr. De tut. et cur. L.* 1. *C. Quando mul.* §. *un. I. De leg. patro. tut.;* doch war bei dem Kaiser eine Ausnahme zu erlangen, wie denn später für die Mutter und zuletzt auch für die Grossmutter die obgedachte ordentliche Ausnahme (§. 257.) aufgestellt wurde. *Impuberes* waren nicht absolut unfähig Tutoren zu sein; zwar fiel ihnen die *legitima tutela* nur über *Mulieres* und *Manumissi e seruitute* oder *e mancipio* zu, *Gai.* I, 157. *Ulp.* XI, 20. 22., §. *un. I. De fiduc. tut.* u. *Theoph.,* aber durch Testament konnten sie auch über einen Unmündigen ernannt werden, *L.* 10. §. 7. *h. t.*; nur musste natürlich, so lange die Unmündigkeit des Tutor dauerte, für die Verwaltung anderweitig, namentlich durch Bestellung eines Curator, gesorgt werden, *d.* §. 7. §. 5. *De curat.* Die *minor aetas* gewährte blos *Excusatio*, *Vat. Fr.* 151. 182., §. 13. *I. De excus. L.* 32. §. 2. *De test. tut.*, bis *Iustinian* alle *minores*, mündige und unmündige, für unfähig erklärte, *d.* §. 13. *L.* 5. *C. De leg. tut.* §. 2. *I. Qui test. tut. da.*

Unfähig waren *Furiosus*, *Surdus*, *Mutus*, *L.* 1. §. 2. f. *L.*

17. *De tutelis.* *Ulp.* XI, 21., doch ist die Ernennung nicht so ungültig, dass nicht die Genesung sie zu Kräften brächte, *d.* §. 2. *I.* *L.* 11. *De tutelis.* *L.* 12. *pr.* *De excus.* *Vat. Fr.* 238. Und der *Tutela legitima* über Frauen waren sie fähig, *Gai.* I, 180. f. *Ulp. l. l.* Der *Filiusfamilias* ist zur Uebernahme und Verwaltung der Tutel, als eines *Munus publicum* (o. §. 12.), unbeschränkt fähig, *pr. I. Qui test. tut.* *L.* 7. *De tutelis.* *L.* 21. *De adm. tut.*

Fähig ist auch der *Latinus Iunianus*, *Vat. Fr.* 193. vgl. 172., jedoch mit Ausnahme der *testamentaria tutela*, von welcher ihn die *Lex Iunia* ungeachtet seiner *testamentifactio*, vielmehr analog seiner Incapacität (u. §. 346.), ausschloss, *Gai.* I, 23. *Ulp.* XI, 16.

Ein Sclave kann natürlich nicht Tutor sein, *L.* 7. *C. Qui dare tut.*, wiewohl seine vermeintliche Verwaltung einer Tutel analoge Schuldverhältnisse nach sich zieht, *L.* 11. *De adm. tut.* *L.* 52. *pr.* *De pecul.* (u. §. 264.). Auch kann derselbe letztwillig zugleich mit der Freiheit bedacht und zum Tutor ernannt werden, oder es kann auch blos diese Ernennung geschehen, sei es auf den künftigen Zeitpunkt anderweitig eintretender Freiheit, sei es in der Meinung, dass in der Ernennung zum Tutor die *directa libertas* für einen eignen oder die *fideicommissaria* für einen fremden Sclaven von selbst enthalten sei: welche Willensmeinung man schon in der spätern classischen Zeit respectirte und im Zweifel anzunehmen geneigt war, *L.* 10. §. 4. *L.* 32. §. 2. *De test. tut.* *L.* 9. *C. De fid. lib.* *L.* 5. *pr.* *C. De necess. seru.* §. 1. *I. Qui test. tut.* u. *Theoph.*, *Paul.* IV, 13, 3.

Die *Milites* wurden im Verlauf der Kaiserzeit von jeder Art der Tutel ausgeschlossen, *L.* 8. *C. De legat.* (*Antonin. a.* 217.) *L.* 4. *C. Qui dare tut.* (*Philipp. a.* 245.) §. 14. *I. De excus.* *Vat. Fr.* 222.

II. Die Tutel ist ein *Munus publicum*, zu dessen Uebernahme der Berufene in der Regel verpflichtet war; doch gab es eine seit dem Anfange der Kaiserzeit steigende Anzahl von Befreiungsgründen, welche sich etwa in folgenden Gruppen übersehen lassen.

A. Wer in Rom drei oder in Italien vier oder in der Provinz fünf lebende ehliche Kinder hat, der soll (kaum schon

nach der *Lex Iulia et Papia Poppaea*, wie *Zimmern* u. A. annehmen) von aller Tutel und Curatel, gleichwie von andern *Munera publica*, losgezählt werden, *Vat. Fr.* 191. f. 247. *L.* 2. §. 2. *L.* 45. §. 2. *pr. I. h. t.* (dazu *Schrader*) *L.* 1. *C. De num. lib. Schol. ad Iuuen. IX*, 90. *Symmach. Ep.* I, 77. *Potestas* ist nicht erforderlich, so dass *emancipati, in adoptionem dati* u. dgl. mitzählen, *Vat. Fr.* 169. 194. 196. *L.* 2. §. 3. *h. t. Iustae nuptiae* (mit *connubium*) wurden, nach vorherigen Zweifeln, nicht erfordert, *Vat. Fr.* 168. 194. Enkel *ex filio mortuo* füllen die Lücke aus, *Vat. Fr.* 198. *L.* 2. §. 7. *h. t. L.* 2. *C. De num. lib.*, ausnahmsweise auch *ex filia* dann, wenn der Ehemann, welcher sie mit dieser erzeugte, ein *Veteranus praetorianus* war, *Vat. Fr.* 195. Im Kriege umgekommene Kinder (nach einer missbilligten Meinung: nur in der Schlacht gefallene) gelten als lebend, *Vat. Fr.* 197. 199., *d. pr. I. L.* 18. *h. t.*, Kinder *in utero* zählen nicht, Tod von Kindern nach der Ernennung schadet nicht, *L.* 2. §. 4–6. 8. *h. t.*, das vom Kaiser erlangte *Ius liberorum* hilft nicht, *Vat. Fr.* 170., so wenig als die im Allgemeinen erlangte *Immunitas ciuilium uel publicorum munerum*, *L.* 15. §. 12. *h. t.*

B. Alter über 70. und (bis auf *Iustinian*, o. S. 232.) unter 25 Jahren, §. 13. *I. h. t. L.* 2. §. 1. *L.* 8. *pr. De uacat. L.* 74. §. 1. a. E. *Ad SC. Treb.*, auch Blindheit und beständige Krankheit, und zwar eignen sich diese selbst zur Entbindung von bereits übernommener Tutel, was bei dem Alter nicht der Fall ist, *Vat. Fr.* 129. f. 238. f. §. 7. *I.*, *L.* 10. §. 8. *LL.* 11. 12. *pr. L.* 40. *pr. L.* 45. §. 4. *ff. L.* 9. *C. h. t.* — Auch Armuth und völliger Mangel an Bildung und Geschäftskenntniss (*Rusticitas*) gewährt Excusation, *Vat. Fr.* 185. 240. 243. f. §§. 6. 8. *I. LL.* 6. §. 19. *L.* 7. *L.* 40. §. 1. *h. t.* Endlich auch lebenslängliches Exil, *L.* 29. *pr. h. t.*

C. Amt und Beruf. — Höhere Magistraturen befreien von Uebernahme neuer Tutel, *Vat. Fr.* 146. §. 3. *I. L.* 17. §§. 4. 5. *h. t.*; aber nicht blosse *Dignitas*, *L.* 15. §. 2. *h. t. L.* 22. *De tut. et cur. da. Vat. Fr.* 142., nur dass die Erlangung der Senatorwürde von der vorher übernommenen Tutel über Mündel geringern Standes befreit, *L.* 15. §. 3. *h. t.*, und dass kein Senator die Verwaltung, so weit sie sich *ultra ducentesimum milliarium* erstreckt, zu besorgen hat, *Vat. Fr.* 147.

vgl. *L.* 21. §. 3. *h. t.* Abwesenheit *reipublicae caussa* entschuldigt von bereits übernommener Tutel bis zur Rückkehr, von neuer noch ein Jahr länger, §. 2. *I.* *L.* 10. *pr.* — §. 3. *L.* 41. §. 2. *L.* 45. *pr.* §. 1. *h. t.* *L.* 11. §. 2. *De min.* *L.* 1. *C. De prof. et med.* *L.* 1. *C. In qui. cas. tut.* *LL.* 1. 2. *C. Si tut. v. cur. reip.* *Vat. Fr.* 135. 222. Frei sind ferner die Verwalter von Fiscalgütern, §. 1. *I. h. t.* u. *Theoph.* vgl. *L.* 15. §. 10. *ff.* *L.* 8. *C. eod.* *L.* 13. *C. Qui dari.*, Steuereinnehmer, *L.* 10. *C. h. t.*, die kaiserlichen *Consiliarii* und Andere *circa Principem occupati*, *L.* 30. *pr. h. t.* *L.* 11. §. 2. *De min.*, die vom Kaiser mit einer öffentlichen *Cura*, z. B. *uiarum*, oder mit Verwaltung der *Res principis* Betrauten, *Vat. Fr.* 136. *L.* 22. §. 1. *L.* 41. *pr. h. t.*; die *Praefecti annonae, uigilum*, §. 1. *ib.*; die *Praesides prouinciarum* und *Magistratus ciuitatum*, *L.* 6. §. 14. 16. *L.* 23. *pr. h. t.*, die *Primipili*, *Primipilares*, *Decuriales* und *Veterani* (diese jedoch mit Unterschied), *Vat. Fr.* 140 - 144. 177. f. 180. *L.* 8. ff. *h. t.*, und noch manche Civil- und Militärämter, verschieden nach den Zeiten, genannte und ungenannte, s. z. B. *Vat. Fr.* 134. (*Arcarii Caesariani*) 137. f. 145. 187. 222., *L.* 25. *C. h. t.* (*sacri palatii Silentiarii*); dann auch gewisse Priester der alten wie der neuen Religion, *Vat. Fr.* 173. 178. *L.* 52. *C. De episc.* *N.* 123. *c.* 5.

Von Berufes wegen sind wie von andern *Munera*, so auch von *Tutela* und *Cura* frei: *Grammatici*, *Sophistae*, *Rhetores*, *Medici*, in einer für die einzelnen Städte nach drei Klassen bestimmten Anzahl, §. 15. *I.*, *L.* 6. §§. 1 - 6. *h. t.* *LL.* 2. 5. *C. De prof. et med.*, vgl. *L.* 18. §. 30. *De muner.*, unbeschränkt die rechten Philosophen und Hochgelehrte, *L.* 6. §§. 5. 7. 10. f. *h. t.* *L.* 8. §. 4. *De uacat.* *Vat. Fr.* 149. *L.* 8. *C. De prof. et med.*, auch gekrönte Athleten, *L.* 6. §. 13. *h. t.* *L. un. C. De athletis*; nur in Rom resp. gar nicht Rechtslehrer und *Geometrae*, *Vat. Fr.* 150. *L.* 6. §. 12. *L.* 22. *pr. h. t.*, auch nicht Dichter, *Calculatores*, *L.* 3. f. *C. De prof. et med.* u. s. w.

D. Eine Anzahl von Corporationen genoss das Privilegium, dass ihre Angehörigen gar nicht oder nur unter einander (auch noch mit anderm Unterschied) zur Uebernahme von Tutel und Curatel verpflichtet waren, *L.* 17. §. 2. f. *L.* 41. §. 3. *L.* 42. *h. t.*, *Vat. Fr.* 124., z. B. *Fabri*, *d.* §. 2., *Ac-*

censi uelati, *Vat. Fr.* 138., *Pistores* und *qui annonam P.ⁱ R.ⁱ iuuant*, *ib.* 233-37. *L.* 46. *pr.* §. 1. *h. t.*; die Bürgerschaft von *Ilium*, *L.* 17. §. 1. *h. t.*, *Inquilini castrorum*, §. 7. *ib.* *L.* 23. §. 1. *eod.*, *Nauicularii*, *L.* 24. *C. h. t.*, *Mensores frumentarii*, *L.* 26. *h. t.*, u. a. m.

E. Unter dem Gesichtspunkte der Ueberbürdung fand die Ablehnung Statt: a) wenn man schon drei andere getrennte Vormundschaften (*tutela* oder *cura*) verwaltete, *Vat. Fr.* 125-28. (Vater und *Filiifamilias* als *una persona*) 183. f. 186. 188. (*non affectata*) 189. f. 231. §. 5. *I.*, *L.* 1. §. 9. — *L.* 6. *pr.* *L.* 15. §. 15. f. *L.* 17. *pr.* *L.* 31. (Ausnahmen wo eine schwere Tutel für drei und dagegen drei leichte für weniger gelten) *h. t.* *L.* 3. *C. De excus. mun.*; — b) wenn ein *Libertus* das Vermögen seines Patrons, eines *Senator P.ⁱ R.ⁱ*, verwaltet, *Vat. Fr.* 131-33. *L.* 44. §. 3. *L.* 15. §. 8. *ff.* *L.* 13. *C. h. t.* *L.* 17. *pr.* §. 1. *Ad munic.*; — c) wenn man seinen Wohnort da nicht hat, wo man zur Vormundschaft gerufen wird, *L.* 46. §. 2. *h. t.* *Vat. Fr.* 203. f.; so wie man auch d) denjenigen Theil einer sonst zu übernehmenden oder bereits übernommenen Vormundschaftsverwaltung ablehnen kann, welcher sich auf eine andere Provinz oder von Rom aus über hundert Meilen hinaus erstreckt, *L.* 10. §. 4. *L.* 21. §. 2. ff. *h. t.* *L.* 3. *C. In qui. cas. tut.* *L.* 11. *C. h. t.* *Vat. Fr.* 205. (vgl. *L.* 39. §. 7. f. *De adm. tut.* *L.* 2. *C. h. t.*, (*administratio rerum Italicarum* und *prouincialium* unterschieden); oder welcher erst durch einen spätern wesentlichen Zuwachs von verschiedenartigen Bestandtheilen (etwa *bona materna* u. dgl.) hinzugekommen ist, *L.* 9. §. 8. f. *De adm. tut.* (*tutor uel curator ad augmentum datus*) *L.* 5. *C. In qui. cas. tut.*

F. Endlich gewähren gewisse persönliche Verhältnisse zum Mündel oder Curanden einen Ablehnungsgrund: so soll a) für einen *Libertinus* nur bei gänzlichem Mangel an seinesgleichen ein *Ingenuus* vom Magistrat zum Vormund bestellt werden, *L.* 1. §. 4. *L.* 44. *pr.* *ff.* *L.* 3. *C. h. t.* *L.* 27. *De tut. dat.* b) Analog der *Oratio D. Marci*, welche dem Vormund die Heirat mit der Mündel verbot (o. §. 204.), sollte auch der Ehemann oder Bräutigam nicht zum Vormunde seiner Frau oder Braut bestellt werden, *Vat. Fr.* 201. f. §. 19. *I.*, *L.* 1. §. 5. *ff.* *LL.* 4. 17. *C. h. t.* *L.* 2. *C. Qui dare tut.* — c) Wer

die Tutel verwaltet hat, darf sich die *Cura* verbitten, *Vat. Fr.* 200. *Paul.* II, 27, 2. §. 18. *I., L.* 16. *ff. LL.* 5. 20. *C. h. t.* — d) Mangel an Bekanntschaft mit dem Vater des Mündels befreit nicht, §. 10. *I., L.* 15. §. 14. *h. t.*, ebenso wenig das Verhältniss von Creditor oder Debitor, *L.* 7. *C. h. t.*, auch nicht gewöhnliche Processe mit dem Mündel, *Vat. Fr.* 139. (ungewiss ob *Fr.* 244. *ib.* gerade auf Processe zwischen diesen Personen selbst geht und dafür gewisse Ausnahmen zulässt) *L.* 5. *C. De in lit. dan. tut.,* wohl aber Process, durch welchen der fragliche Vormund dem Mündel seinen Status oder doch die väterliche Erbschaft streitig macht, *L.* 27. §. 1. *De test. tut.* §. 4. *I. L.* 6. §. 18. *L.* 20. *ff. L.* 16. *C. h. t.;* und vollends *Inimicitiae capitales, Paul.* II, 27, 1. §. 11. *I., L.* 6. §. 17. *h. t. L.* 3. §. 12. *De susp. tut.*, oder wenn gar die Ernennung aus Feindschaft des Testators oder in chicanoser Absicht des Magistrates geschehen ist, §. 9. *I. L.* 14. *C. h. t.* — Endlich hatten früher die Juden (wohl mit Inbegriff der Christen) nur über Juden die Vormundschaft zu übernehmen, welche Excusation, oder eher Ausschliessung, indessen schon zur spätern classischen Zeit weggefallen war, *L.* 15. §. 6. *h. t.*, vgl. *L.* 3. §. 3. *De decur.*

G. Mehrere unvollständige Excusationsgründe werden durch ihr Zusammentreffen in der Regel und nach der obsiegenden Meinung nicht geeignet erachtet für Einen vollständigen zu gelten, *L.* 15. §. 11. *h. t. L.* 1. *C. Qui num. tut. Vat. Fr.* 245., vgl. auch *L.* 1. §. 3. *De uacat.* Und auch ordentliche Gründe verlieren ausnahmsweise ihre Kraft bei dem *Libertus* für die Vormundschaft über die Kinder des Patrons, *Vat. Fr.* 152. 160. 220. 224. f. *L.* 14. §. 4. *h. t. L.* 19. *De iur. patro. Paul.* II, 29., ebenso bei dem *testamentarius tutor*, welcher dem Vater die Uebernahme versprochen, *Vat. Fr.* 153. §. 9. *I., L.* 15. §. 1. *h. t. L.* 29. *De test. tut.*, oder von ihm ein Legat angenommen, *L.* 5. §. 2. *De his quae ut ind.,* oder die Verwaltung angetreten hat, *Vat. Fr.* 154. vgl. *L.* 2. *C. Si tut. fal. alleg.;* — wie denn endlich in gewissem Maasse einem höhern Befinden vorbehalten blieb, aus besondern Gründen einen sonst gültigen Excusationsgrund (z. B. *minor aetas*) bei Seite zu setzen, *Vat. Fr.* 151. 223.

III. Die Befreiung aus den eben (*sub* II.) erwähnten

Gründen und die Unfähigkeit (*sub* I.) unterscheiden sich dadurch, dass diese, gleich andern Fehlern (*quos — a quibus, quibus, quomodo non oportet*), die Ernennung *ipso iure* entkräftet, *L.* 13. §. 12. f. *h. t.*, jene dagegen nur einen Anspruch des Ernannten in sich schliesst, der nicht durch Beschwerde über die Ernennung als eine fehlerhafte, sondern durch Bitte um Loszählung von derselben, als einer an sich rechtsbeständigen, in gesetzten Formen und Fristen geltend zu machen ist, widrigenfalls es bei der Ernennung lediglich bewendet, *L.* 1. §. 1. *De adm. tut. L.* 16. *ff. L.* 18. *C. h. t. L.* 1. §. 1. f. *Quan. app. L.* 19. *C. De adm. tut.* So hat wer in Rom oder *intra centesimum miliarium* wohnt (analog auch in andern Gerichtssprengeln) sich binnen 50 Tagen (wozu bei weiterer Entfernung noch so viel Tage zugelegt werden, als 30 + für je 20 Meilen 1 Tag über 50. ausmachen), von dem Tage an, da er die Ernennung resp. Confirmation durch Testament oder Magistrat erfahren hat, gerechnet, bei dem Magistrat unter Angabe seiner Gründe mit seinem Gesuche zu melden, *Vat. Fr.* 156. f. §. 16. *I. L.* 13. *h. t.*, und binnen 4 Monaten die Erledigung desselben herbei zu führen, *L.* 38. f. *L.* 13. §. 5. *h. t.* — Wird die Excusation genehmigt, so ist die Ernennung aufgehoben, und es wird vom Magistrat ein anderer Vormund gegeben, *L.* 11. §. 1. *De test. tut. L.* 4. *C. In qui. cas. Vat. Fr.* 228., wird sie dagegen verworfen, so bleibt diese bei Kräften und begründet Verantwortlichkeit von Anfang an, *L.* 20. vgl. *L.* 39. §. 6. *De adm. tut. L.* 15. *C. h. t.* In dem einen wie in dem andern Falle steht die Appellation offen, *L.* 4. *pr. L.* 13. *pr. h. t. L.* 1. §. 1. *Quan. app. L.* 28. *De tut. dat. L.* 20. *De adm. tut.*; — *L.* 11. §. 2. *De min.* — Eine Excusation endlich, die ungeachtet versäumter Fristen oder auf falsche Angaben hin erlangt worden ist, entbehrt von selbst der Rechtskraft, §. 20. *I., L.* 13. §. 5. *h. t. LL.* 1–3. *C. Si tut. fal. alleg. L.* 60. *pr. De R. N.*

IV. Wer nach den Gesetzen weder unfähig noch gefreit war, dem stand doch gegen die auf ihn von dem Magistrat gerichtete Ernennung zum Tutor oder Curator noch der Versuch offen, diese Ernennung dadurch von sich abzuwenden, dass er dem Magistrat eine andere Person namhaft machte, welche sich nach Verwandtschaft, Vermögen und allen an-

dern maassgebenden Verhältnissen zur Uebernahme der Vormundschaft richtiger als er eigne; d. h. *potioris nominatio* (wie solche auch bei den gewöhnlichen *Munera* üblich war, *L. un. C. De pot. ad mun.*), *Vat. Fr.* 157. *potior necessitudine et idoneus re fideque.* Dieser Versuch, sich der Ernennung zu entziehen, wohl in der Praxis aufgekommen, scheint immer häufiger und aus allen möglichen Gründen unternommen worden zu sein, und mit der Zeit dem festen, geregelten Gange der Tutelar-Jurisdiction wie der vormundschaftlichen Verwaltung selbst wirkliche Gefahr gebracht zu haben; so dass endlich die bekannte *Oratio D. Seueri*, welche auch anderweitig die Vormundschaft regelte, Einhalt that (*Promiscua facultas potioris nominandi nisi intra certos fines cohibeatur, ipso tractu temporis pupillos fortunis suis priuabit*), und zu diesem Behufe verordnete: 1.° es sollten fortan gar nicht *potiorem nominare* dürfen sowohl die Corporationsgenossen des Vaters und des Mündels selbst (*collegae patris siue pupilli in decuria uel corpore*), als auch dessen *Cognati* und *Affines* von Vater- oder Mutterseite (*utriusque necessitudinis*), so weit sie zu den *Exceptae personae* der *Leges Iulia et Papia* gehören, d. h. die *Cognati* bis zum sechsten Grad und aus dem siebenten *Sobrino sobrinaue natus*, und die sich in deren *Potestas* befinden, und deren Ehegatten, so wie auch (was nur bei der *Cura* in Betrachtung kommen könnte) jene *Cognati* des eignen Ehegatten, und wer jemals selbst sein Ehegatte oder nächster Affine (*uitricus, priuignus*) gewesen ist; und 2.° sollten nur die genannten Personen von Andern als *potiores* nominirt werden dürfen, namentlich aber niemand *uicinitatis iure, Vat. Fr.* 158. 214–19. Dazu kommt, dass der *Libertus* für die Kinder des Patrons gar nicht (wohl aber für den *Nepos patronae* und *ex filia patroni*) *potiorem* nominiren darf, *ib.* 160. 211. vgl. 224., eben so wenig die *primipilarii* für die Kinder eines solchen, *ib.* 212. f., auch nicht die von dem Vater letztwillig, aber *non iure, dati* und daher *decreto Praetoris confirmati tutores*, *ib.* 159. 211. (wohl aber von der Mutter bezeichnete) 246.

Das Gesuch ist dem Prätor einzureichen, etwa so gefasst: *Cum proxime decreto tutorem me dandum existima-*

ueris L. Titio, quod mihi in notitiam pertulit pridie Kal. Martias, nomino potiorem ut municipem et auunculum (u. dgl.) *supra scripti* (*L. Titii*) *C. Sempronium Veientanum, morantem Veiis, habentem in substantia plus minus H-S. decies. Rogo, Praetor, propter praescriptiones tempora libellos accipere digneris. Vat. Fr.* 166. 210. — Diese *Libelli* sind binnen der Excusationsfrist, *ib.* 164. 210. dem Prätor *pro tribunali* oder *de plano* in vier Exemplaren (vermuthlich je eines für den *Nominatus*, für den Petenten selbst, für denjenigen, welcher dessen Ernennung beantragt hatte, und zu den Acten) einzureichen, *ib.* 167. 210., und von jetzt an ist an jedem Tage, wo der Prätor *in sessione pro tribunali* zu treffen ist, ein oder mehrere Exemplare mit der zur *Denunciatio* an den *Nominatus* versehenen Autorisation des Prätor zurück zu verlangen, *ib.* 161. f. 165. 167. Wie er es bekommt, so soll er dasselbe binnen kurzer Frist (1. Tag auf 20 Meilen) dem *Nominatus* zustellen, damit derselbe die erhaltene Anzeige schriftlich bescheinige und demnächst entweder die Tutel übernehme oder seine Einsprache vor dem Prätor erhebe, *ib.* 162. 165. Das von dem *Nominatus* unterschriebene Exemplar soll er binnen derselben Frist, welche in gleicher Weise fortläuft, dem Prätor vorweisen, *ib.* 162., und, wenn jener weder das eine noch das andere gethan hat, binnen zehn Tagen die Verfügung des Prätor extrahiren (*litteras accipere*), *ib.* 167., auch diese dem *Nominatus* mittheilen, darauf sie dem Prätor in einer *Sessio pro tribunali* wieder vorweisen und dessen Entscheid nun gewärtigen, *ib.* 163. — (Ueber dieses weder ganz klare noch unzweifelhafte Verfahren vgl. übrigens *Rudorff* Vormundsch. II, §. 100. ff. *Zimmern* R.-G. §. 242.) Der *Nominatus* kann binnen derselben Fristen entweder das Näherverhältniss in Abrede stellen oder seinerseits *potiorem nominare* oder *Excusatio* geltend machen: das erste schliesst aber das zweite aus, so wie auch das dritte, wenn das Näherverhältniss gegen ihn erwiesen wird, *ib.* 206. 208. f.

Ueberhaupt schliesst die *Potioris nominatio* in der Regel das Anerkenntniss der Verpflichtung zur Uebernahme der Vormundschaft in sich, und man wird nach Verwerfung derselben nicht mehr zur *Excusatio* zugelassen, während

nach dieser jene noch offen bleibt, falls die Frist ausreicht, *ib.* 206. f. 242, gleichwie unter der letztern Voraussetzung auch nach einer misslungenen *Potioris nominatio* eine zweite offen steht, *ib.* 164.

Im Justinianeischen Rechte kommt die *Potioris nominatio* wohl für andere *Munera, L. un. C. De pot. ad mun. nom.* (X, 65.) vgl. *L.* 7. *pr. De decur.*, aber nicht mehr für die Vormundschaft, zum Vorschein; wann und wie sie aber beseitigt worden, ist nicht ersichtlich, und es steht auch gänzlich dahin, ob in *L.* 12. *C. Qui dare tut.* (V, 34. *Valent. Grat. Theod. A.* 381.) noch eine Spur davon enthalten war, welche etwa durch Interpolation von *specialis* anstatt *potioris* verwischt worden wäre. Bei Abfassung der Sammlung, aus welcher uns die Vaticanischen Fragmente erhalten sind, scheint sie wenigstens noch als üblich vorgeschwebt zu haben.

---

§. 261. Satisdation der Vormünder.

Adde: Titt. ff. Rem pup. sal. fo. (XLVI, 6.) *C. De tut. v. cur. q. sat.* (V, 42.)

Tutoren so wie Curatoren werden, jedoch mit Unterschied, für ihre Verwaltung zum voraus zur Satisdation (mittelst Bürgschaft) angehalten, und es ist dafür die *Praetoria stipulatio cautionalis* (*L.* 1. §. 2. *De stip. praet.*) *Rem pupilli etc. saluam fore* aufgestellt, *Gai. d.* §. 199. Die *testamentarii tutores* waren von dieser Obliegenheit frei, als durch das Zutrauen des Testator hinreichend legitimirt, *Gai. d.* §. 200. *pr. I. h. t. L.* 17. *pr. De test. tut.*, ebenso in der Regel, doch nach Befinden, die *Curatores a magistratu* (*maiore*) *dati* in Folge der vorangegangenen Prüfung, *Gai. l. l.*, welche letztere Bestimmung in *pr. I. h. t.* in eine durchgängige Befreiung aller *tutores* und *curatores ex inquisitione dati* umgewandelt ist, vgl. *L.* 4. *C. h. t.* (*L.* 8. *De cur. fur. L.* 5. *C. De auctor. praest.*), *L.* 13. §. 2. *De tut. dat.*; ingleichen die *testamento non iure dati*, wenn sie von dem *magistratus maior* confirmirt sind, *LL.* 2. 3. 5. 11. *pr. De confirm. tut.*, *d. L.* 4. *C.* Demnach liegt die Satisdationspflicht vorzüglich den *legi-*

tiani ob, doch so, dass ordentlicher Weise der Patron davon befreit blieb, *L.* 5. §. 1. *De leg. tut. L.* 13. §. 1. *De tut. dat.* Auch die mit oder ohne höhere Ermächtigung von den Local-Magistraten ernannten Vormünder (o. §. 260.) mussten in der Regel zur Satisdation angehalten werden, worüber indessen die alten *Leges Atilia* und *Iulia et Titia* noch nichts, sondern erst kaiserliche Constitutionen und neuere Praxis bestimmten, §§. 3 – 5. *I. De Atil. tut.* §. 2. *h. t. L.* 1. §. 5. 7. 8. 11–13. 15–17. *L.* 2. *De mag. conv. L.* 5. *De confirm. tut. L.* 46. §. 6. *De adm. tut.* — Ueber diejenige Veranlassung der *Satisdatio* endlich, welche in der alleinigen Uebernahme der Verwaltung von Seite eines unter mehrern Vormündern liegt, s. o. §. 260.

Wenn die schuldige Satisdation nicht geleistet wird, so kann sie durch die ordentlichen Zwangsmittel der Magistratur, namentlich durch Pfändung, erzwungen werden, §. 3. *I. h. t.*, oder es kann auch Remotion eintreten, *L.* 2. *C. h. t.* (über den *Filiusfamilias tutor*, *pro quo pater cauere non uult*, s. *L.* 15. §. 17. *De excus.*), wie denn auch sonst wegen verweigerter Verwaltung Entsetzung oder ähnlicher Zwang Statt findet, *L.* 3. *C. De susp. tut. L.* 1. *pr. De adm. tut. L.* 9. *De mun.*, und die Verwaltung selbst insofern durch die Satisdation bedingt ist, als in Ermangelung der letztern die rechte Vollmacht zu der erstern *ipso iure* fehlt, *LL.* 1. 3. 5. *C. h. t. L.* 4. *C. Ex qui cau. i. int. L.* 7. §. 1. f. *De cur. fur.*

Was den Hergang der Satisdation betrifft, so sollte zunächst der Pupill wo möglich selbst von dem Tutor stipuliren, sonst (*si fari non potest* oder *si absens est* u. dgl.) ein ihm gehöriger, nöthigenfalls ein zu diesem Behufe eigens angekaufter, Sclave, oder, wenn auch dies nicht angeht, ein von dem Magistrate anzuweisender *Seruus publicus* oder der Magistrat selbst oder zur Noth auf Anweisung des letztern auch ein unabhängiger Dritter, *LL.* 2. 3. 4. *pr.* 5. 6. 9. *h. t. L.* 1. §. 15. f. *De mag. conv. L.* 3. *C. De postlim. rev.*, aus w. St. hervor geht, dass für die Satisdation der Curatoren dasselbe galt, *L.* 4. §. 8. *L.* 8. *h. t.*

Die *Stipulatio* begreift ihrem Inhalte nach das *Rem saluam fore* wörtlich, *LL.* 9. 11. *h. t. L.* 5. *De susp. tut.* und im Uebrigen materiell den Gehalt der *Actio tutelae* auf den Grund

stattgehabter Verwaltung in sich, nicht mehr und nicht weniger, auch mit demselben Verfalltermin (Ende der Tutel, bei der *Cura* auch früher und im Einzelnen, *L.* 1. *L.* 4. §§. 4. 5. 7. *h. t.*) und so, dass die *tutelae obligatio* durch die *Stipulatio* ordentlicher Weise novirt wird, *L.* 9. *pr. De nouat.;* wonach denn die *Stipulatio* nur als Substrat der *Satisdatio* von Bedeutung ist, und ganz wegfällt, wo diese nicht Statt findet, *L.* 4. §§. 3. 6. *LL.* 9-11. *h. t. L.* 4. §. 3. *De fid. et no.* (in welcher letztern Stelle mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung der Bürgen *ad acta* alles abgemacht wird.) Hinsichtlich der Art der Bürgen deutet wenigstens in unsern Quellen mehr auf *Fideiussores* als auf *Sponsores* u. dgl., *LL.* 3. 5. 6. 7. *De fid. et no. L.* 4. §. 7. *L.* 12. *h. t.*

Die Stipulation selbst, welche übrigens wie andere in Schrift verfasst zu werden pflegte, *L.* 5. *De susp. tut.*, mag in der Hauptsache ungefähr so gelautet haben:

QUOD TU, L. TITI, TUTELAM REI MEAE ADMINISTRATURUS ES, REM MEAM SALUAM FORE ET QUICQUID OB EAM REM TUTELAMQUE MIHI DARE FACERE TE OPORTEBIT EX FIDE BONA, TE MIHI PROBE RECTE DARE FACERE ET AB EA RE TUTELAQUE DOLUM MALUM ABESSE ABFUTURUMQUE ESSE (SPONDESNE? SPONDEO): STIPULATUS EST C. TITIUS PUPILLUS, SPOPONDIT L. TITIUS TUTOR.

---

§. 266. Tutela mulierum.

Von der ältesten Zeit her und insbesondere nach den XII. Tafeln sollte jede *Mulier sui iuris* zeitlebens unter Tutel stehen, *Liu.* XXXIV, 2. (*Cato*: *maiores nostri nullam ne priuatam quidem rem agere feminas sine auctore uoluerunt, in manu esse parentum, fratrum, uirorum*) *Cic. p. Mur.* 12. (*mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse uoluerunt: hi inuenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur*). *Ulp.* XI, 1. (*propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam*). *Isidor. Or.* IX, 8. a. E. *Gai. l. l.* Doch waren von der Geschlechtstutel ausgenommen: *a*) die *Virgines Vestales* schon nach den

XII. Tafeln, *Plutarch. Nu.* 10. *τιμὰς .. ἀπέδωκεν αὐταῖς .. τὸ διαθέσθαι ζῶντος ἐξεῖναι πατρὸς καὶ τἄλλα πράττειν ἄνευ προστάτου διαγούσας, ὥςπερ αἱ τρίπαιδες, Dio C.* LVI, 10. (*a.* 762.) *ταῖς ἀειπαρθένοις ὅσα περ αἱ (τρὶς?) τεκοῦσαι εἶχον, ἐχαρίσατο. Gai.* I, 145., und *b*) die *Mulieres* mit dem *Ius liberorum* (*ter quaterue enixae*) nach der *Lex I. et P. P., Plut.* u. *Dio l. l. Gai. l. l.* u. 194. III, 44. *Ulp.* XXIX, 3. *Dosith.* 17. vgl. auch *Dio C.* XLIX, 38. *ὁ Καῖσαρ* (*a.* 719.) *τῇ Ὀκταουΐᾳ τῇ τε Λιουΐᾳ.. τὸ τὰ σφέτερα ἄνευ κυρίου τινὸς διοικεῖν .. ἔδωκεν.* Bestellt wird der Vormund im Ganzen auf denselben Wegen, wie für Unmündige (o. §. 257.), nämlich:

A. durch das Testament des Vaters mit *Potestas* und des Mannes mit *Manus, Gai.* I, 145–49. *Vat. Fr.* 229. — Der Frau *in manu* konnte aber auch die *Optio tutoris* durch das Testament gegeben werden, und zwar entweder *plena* oder *angusta*, je nachdem sie ihren Tutor, so oft sie wollte, sollte wählen dürfen oder nur ein Mal oder eine begränzte Zahl von Malen. Ein solcher gewählter *Tutor* hiess *optiuus, Gai.* I, 150–54. *Liu.* XXXIX, 19.

B. Dann die *Tutela legitima*

a) der Agnaten, und nach ihnen wohl einst der Gentilen (*v. Savigny,* Zur Gesch. d. Geschlechtstutel, Verm. Schr. I, 10.), oder aber des *Patronus* und seiner Kinder, so wie des *Parens manumissor, Gai.* I, 155. 157. 165. 172. 175. *Ulp.* XI, 3. 8. 22. *Liu.* XXXIX, 9., — und *b*) die *fiduciaria* des *Extraneus manumissor* und der Kinder des *Parens manumissor, Gai.* I, 115. 166. 195. *Ulp.* XI, 5.

C. Endlich der *Tutor a magistratu datus, Ulp.* XI, 18. *Gai.* I, 185–87. 195. *Liu.* XXXIX, 9.; und zwar theils im Ganzen und bleibend bei dem gänzlichen Mangel oder bei dem Abgange eines Tutor der beiden ersten Arten, theils blos zum Behuf einer bestimmten Rechtshandlung da, wo der vorhandene, zur Mitwirkung untaugliche Tutor nicht von der Tutel zu entfernen war; so wurde z. B. nach alter Uebung (*moribus*) der s. g. *praetorius tutor* gegeben, wenn zwischen dem Pupillen und seinem ordentlichen Tutor *Legis actio* oder *legitimum iudicium* vor sich gehen sollte, ebenso nach der *Lex Iulia de m. o.* ein *Tutor ad dotem*

constituendam, wenn der *legitimus* unmündig war, wie auch zu demselben Behufe *ex SC^to*, wenn er *mutus* oder *furiosus* war; dagegen erlaubte ein *SC.*, wegen Abwesenheit des Tutor einen andern zu erbitten, womit jener ein für alle Mal beseitigt wurde; jedoch mit Ausnahme des Patrons und Quasi-Patrons, an dessen Statt auch aus diesem Grunde nur für das einzelne Vorkommniss, z. B. *ad hereditatem adeundam*, ein anderer Tutor gebeten werden durfte u. s. w. *Gai.* I, 173-84. *Ulp.* XI, 20-24.

Die Bedeutung der Geschlechtstutel ist nun aber sehr verschieden von derjenigen der *Tutela impuberum.* Bei dieser war der vorherrschende Gedanke der einer Handlungsunfähigkeit, welche erst Stellvertretung, dann noch Ergänzung erfordert, bei jener dagegen derjenige einer Handlungsfähigkeit, welche nicht volles Vertrauen verdient, und daher einer berichtigenden Controle bedarf. So verwaltet die Frau ihr Vermögen in allen Theilen selbst, *Gestio tutoris*, und daher Rechnungsablage, *actio tutelae* u. dgl. kommen hier gar nicht vor, sondern es gibt blos eine begränzte Zahl von Rechtsgeschäften, bei welchen die *Mulier* an die *Auctoritas tutoris* gebunden ist, *Ulp.* XI, 25. *Gai.* I, 190. f. Diese sind insbesondere *Legis actio* (in streitiger oder freiwilliger Gerichtsbarkeit) und *legitimum iudicium*, Veräusserung einer *Res mancipi*, Uebernahme einer *Obligatio*, dann *Acceptilatio*, *Manumissio*, Antretung einer Erbschaft, *In manum conuentio*, Bestellung einer *Dos*, Errichtung eines Testamentes, und weniges andere, *Gai.* I, 176. 178. 180. 184. 192. 195. II, 47. 80. f. 85. III, 91. 108. 171. *Ulp.* I, 17. XI, 20-22. 24. 27. *Dosith.* 17. *Vat. Fr.* 1. 45. 259. *Cic. p. Caec.* 25. *p. Flac.* 34. *Top.* 11. — Dass die Tutel über eine Frau im Streitfalle mit rechter *Vindicatio* (*Aio mihi in Tertia Aemilia ius tutelae ex l. Q. esse rel.*) verfolgt werden konnte, *Cic. de Or.* I, 38, 173., unterschied die Geschlechtstutel wohl nicht von der *Tutela impuberum*, *Theoph. ad pr. I. De iis per quos ag.*, vgl. *v. Scheurl* Beiträge II, S. 1. ff.

Das Institut der Geschlechtstutel scheint schon in alter Zeit (lange vor dem VII. *Saec.*) so sehr, insbesondere in Egoismus der Agnaten, ausgeartet zu sein, dass *Gaius* I, 190. 192. berichtet, der obgedachte Grund der *Fragilitas sexus*

sei eigentlich nur ein Vorwand gewesen, in der That hingegen habe diese ganze Tutel nur zum Vortheil der *legitimi tutores* und ihrer Intestat-Erbanwartschaft bestanden. Letzteres prägte sich denn auch sehr deutlich aus in dem wesentlichen Unterschiede, den man zwischen den *legitimi* und den übrigen Tutoren (*alterius generis tutores*, d. h. *testamentarii*, *optivi*, *fiduciarii* und *a magistratu dati*) zu statuiren anfing hinsichtlich ihrer reellen Macht bei Ertheilung der *Auctoritas*. Es kam nämlich dahin, dass diese nur von den erstern nach freiem Ermessen gewährt oder endgültig verweigert werden konnte, dagegen bei den letztern im Falle verweigerter *Auctoritas*, sobald die Frau auf ihrem Willen beharrte, der Zwang gegen den Tutor zur Ertheilung, oder modern ausgedrückt die Supplirung der *Auctoritas*, durch den Magistrat überall zu erlangen war, *Gai.* I, 190. II, 122. *Cic. p. Mur.* 12. (o. S. 243.). So blieb bei diesen *alterius generis tutores* von der Geschlechtstutel nur noch die Nothwendigkeit unmassgeblicher Berathung (immerhin etwas nicht ganz bedeutungsloses), nicht aber eine selbständige Macht des Tutor, übrig, und diese Arten von Tutoren mochten nun immer mehr als Zuflucht vor der beschwerlichen *Tutela legitima* erscheinen.

Jener Periode der Steigerung und egoistischen Verbildung der *legitima tutela* ist wohl unter anderm die Entstehung solcher Regeln zuzuschreiben, wie dass dieselbe auch dem zur Ausübung Unfähigen doch zufalle und verbleibe, *Gai.* I, 176-80. *Ulp.* XI, 21. f., auch durch *In iure cessio* übertragen werden könne (mit eventuellem Rückfalle an den *Cedens* oder den nächstfolgenden *legitimus* im Falle von Tod oder *Capitis deminutio* des *Cessicius* resp. des *Cedens*) *Gai.* I, 168-72. *Ulp.* XI, 6-8. XIX, 11., vgl. *Scheurl* a. a. O., S. 4. ff., während für den *testamentarius tutor* nur *Abdicatio* gilt, *Ulp.* XI, 17., der *Atilianus* dagegen nur *ex iusta caussa* Entlassung erlangen kann; ferner dass gegen *Tutela legitima* nichts usucapirt werden könne, *Cic. p. Flac.* 34., und dass endlich die Frau in ihrer angestammten Familie überall testirunfähig sei (u. §. 282.).

Ganz entbunden von aller Controle war indessen auch die *Tutela legitima* nie gewesen, und dass die Frau wegen

verweigerter *Auctoritas* bei dem Magistrat sich beschweren und *ex magna et iusta caussa* auch gegen den *legitimus tutor* den Zwang zur Ertheilung derselben erlangen konnte, *Gai.* I, 192., das war ein Satz, der zwar in der Anwendung mehr und mehr zurückgetreten sein mag, aber doch in der Rechtstheorie zu gelten niemals aufgehört hat. Ja es gab wenigstens Einen Punkt, auf welchem er durch alle Zeiten hindurch wirksam blieb, und der freien Willkür der *legitimi tutores* über *ingenuae* eine feste Schranke setzte. Nämlich so viel hielt die öffentliche Meinung und die Praxis stets fest, dass auch der *legitimus tutor* ohne guten Grund jene nicht an einer Heirat hindern durfte, und namentlich für die *Coemptio*, sobald sie es beharrlich verlangte, die *Auctoritas* gewähren musste. *Condicionem quaerere*, wenigstens *non impedire*, war selbst des Vaters Pflicht, wenn es auch erst durch die *Lex Iulia* zur Zwangspflicht erhoben wurde, *L.* 19. *De R. N.*

Als sich daher im VII. Jahrhundert, vielleicht schon etwas früher, in der öffentlichen Meinung eine Reaction gegen die strenge und egoistische Agnaten-Tutel entwickelte, so wurde jenes der Anknüpfungspunkt für ihre Wirksamkeit: jetzt bildete sich jene *Coemptio fiduciae caussa*, wovon o. §. 208., insbesondere *tutelae evitandae caussa*, *Gai.* I, 114. f., indem man auf solche *Coemptio* den Zwang zur Gewährung der *Auctoritas* übertrug, welcher eigentlich für die *Coemptio* nur als für die Form wirklicher Eheschliessung verstattet worden war. So wurde die *Coemptio* ohne Ehe fortan ein Mittel, sich von der Agnaten-Tutel ein für alle Mal und selbst gegen den Willen der Agnaten und Tutoren zu befreien, freilich immer nur unter Verlust der *Familia* (also der durch den Familienverband bedingten Erbanwartschaften u. dgl.), welcher oft schwer genug fallen mochte, und für die Agnaten gleichsam die Sühne ihrer gesprengten Familiengewalt war.

Endlich wurde aber durch die *Lex Claudia* die *Tutela agnatorum* über Frauen ganz abgeschafft, *Gai.* I, 157. 171. *Ulp.* XI, 8., vgl. *L.* 3. *C. De leg. tut.*, und die *legitima tutela* nur für den Patron und den *Parens manumissor* übrig gelassen, *Gai.* I, 192. II, 122., wie denn namentlich in dem

Verhältnisse zwischen *Patronus* und *Liberta* von jeher Grund genug gelegen hatte, um die freie und unbeschränkte *Auctoritas* des erstern in allen Dingen (auch *Coemptio*) als Regel anzuerkennen, und hiegegen wohl auch in der öffentlichen Meinung niemals jene Reaction stattgefunden hatte.

Das war das geltende Recht zur Zeit der classischen Juristen, bei welchen sich daher manche Regeln nur für diese übrig gebliebenen Fälle der *legitima tutela* ausgesprochen finden, welche vor der *Lex Claudia* unzweifelhaft auch für die Agnaten-Tutel gegolten hatten.

Im Justinianeischen Recht und schon im *Codex Theodosianus* ist von der Geschlechtstutel nichts mehr ersichtlich; wann und wie sie aber verschwunden ist, lässt sich nicht genau angeben. Die letzte sichere Spur findet sich in einer Constitution von *Diocletian* und *Constantius* v. J. 293., *Vat. Fr.* 325.; dagegen in *L.* 4. *C. Th. De tut. et cur.* (III, 17. *Valent. Theod. Arcad., a.* 390.) = *L.* 2. *C. Quando mulier* wird bereits die Vormundschaft der Mutter über ihre Kinder zugelassen; — wonach sie nicht wohl selbst noch unter Geschlechtstutel gestanden und diese überhaupt kaum fortbestanden haben kann.

Ueber die Geschlechtstutel vgl. i. *G. Rudorff*, Vormundsch. I, §. 6., *Stemann* in *Sell's* Z.-Schr. III, 6., und die das. ang. Schriften.

---

§. 274. Pro herede usucapio.

Adde: *Titt. ff. et C. Pro herede* (XLI, 5. VII, 29.).

Neben der *Hereditas*, als der Nachfolge in das Vermögen eines Verstorbenen von Rechtes wegen, gab es von Alters her einen andern Weg solcher Nachfolge, der seinen Ausgangspunkt in der Willkür und Eigenmacht des Nachfolgers nahm. Nämlich von dem Tode des Erblassers bis zu dem Zeitpunkte, da der Erbe nicht blos die Erbschaft angetreten, sondern auch von den einzelnen Erbschaftssachen Besitz ergriffen hatte, sollte Jeder nach Belieben zugreifen und die einzelnen Erbschaftssachen, viele oder wenige, in Besitz

nehmen dürfen, und wenn er dieselben ein Jahr lang besessen hat, so sollte er damit nicht allein diese Sachen selbst, sondern zugleich auch das Erbrecht usucapirt haben. *Gai. l. l.* Von den (uns geläufigen, vgl. *Huschke i. l.*, S. 149.) ordentlichen Voraussetzungen der Usucapion, als *iustus titulus* und *bona fides* (o. §. 62.), ist dabei natürlich keine Rede, ja selbst der Begriff des Diebstals cessirt während jenes Zeitraumes so gänzlich, dass ein Diebstal an einer Erbschaftssache, welche der Erbe noch nicht besessen hat, für objectiv unmöglich gilt, *Gai. d.* §. 201. *Paul.* II, 31, 11. *LL.* 68–70. *De furtis. L.* 1. §. 15. *Si is qui test. lib. L.* 40. *De nox. act. LL.* 2. 6. *Expil. her.* Nur muss die Apprehension zum Behufe der *Usucapio pro herede* eine neue und körperliche sein, man kann sich diesen Usucapionsbesitz nicht blos *animo* begründen, wenn man etwa schon vorher Detention oder Besitz hatte, denn dagegen würde sich der Erbe auch bei der besten Vigilanz nicht schützen können. Das ist der rechte und ursprüngliche Sinn der Regel *Nemo sibi caussam possessionis mutare potest*, *L.* 3. §. 19. *L.* 19. §. 1. *L.* 18. *pr. ff. L.* 5. *C. De acq. po. L.* 33. §. 1. *De usurp. L.* 2. §. 1. f. *h. t. L.* 6. §. 3. *De precar.* (*L.* 10. *Si pars her.*). Dieser Erwerb der Erbschaft durch *pro herede usucapio*, in seinen Wirkungen gleich der ordentlichen Erbfolge nach Testament oder Gesetz, und im einzelnen Falle, wie es scheint, möglicher Weise mit derselben *pro rata* concurrirend, trägt anderseits den eigenthümlichen Charakter, dass der Nachfolger durch eigenmächtige Besitzergreifung sich gleichsam die Delation willkürlich selbst schafft, in Folge welcher dann die Acquisition von Rechtes wegen eintritt, während sonst gerade umgekehrt die Delation von Rechtes wegen geschieht, die Acquisition dagegen in die Willkür des Delaten gestellt zu sein pflegt. Was aber den Zweck dieses abnormen Erbschaftserwerbes betrifft, so sollte dadurch (vorzüglich im Interesse der Creditoren und der *Sacra*, *Gai. d.* §. 55.) der rechte Erbe veranlasst werden, bald anzutreten und effectiv die Nachfolge zu übernehmen; widrigenfalls er dem so gleichsam ausser dem Rechtsgebiete hergeholten Erben ein für alle Mal weichen müsste.

Allein im Verfolge gab man diese Usucapion des Erb-

rechtes selbst auf, und liess die *pro herede usucapio* nur als Erwerb der bezüglichen einzelnen Erbschaftssachen fortbestehen, im Uebrigen unverändert, namentlich auch mit dem durchgängigen Zeitraum von Einem Jahre, *Gai. d.* §. 54. Wann und wie sich aber diese Veränderung bewerkstelligt habe, ist nicht genau zu bestimmen. Wenn einerseits noch *Cicero* in einigen Stellen wörtlich die Usucapion auf die *hereditas* selbst bezieht (*ad Att.* I, 5. *de Tadiana re ... nihil esse iam quod laboraretur, quoniam hereditas usucapta esset,* — *p. Flac.* 34. *Si qua tibi in Africa uenerit hereditas, usu amittes?*), ja wenn selbst *Seneca* sich in dem Unterschied zwischen der alten und der neuen Theorie noch nicht zurecht findet (*de Ben.* VI, 5. *ICtorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea quae in hereditate sunt: tamquam quidquam aliud sit hereditas quam eo quae in hereditate sunt.*): so ist doch daraus um so weniger auf den Fortbestand der alten Theorie bis gegen Ende der Republik zu schliessen, als anderseits *Cicero* hinwieder nicht allein den Erfolg der *Usucapio pro herede* von der *Hereditas* selbst auf's bestimmteste unterscheidet (*Top.* 6. *hereditas est pecunia, quae morte alicuius ad quempiam peruenit iure ... nec ea aut legata testamento aut possessione retenta*), sondern auch die bekannten zwei Systeme des Uebergangs der *Sacra priuata* überliefert, das eine vor, das andere bald nach der *Lex Voconia* ausgebildet (R. G. §. 35.), in welchen beiden dieselbe Unterscheidung, nur allerdings mit wesentlich steigender Intensität, ersichtlich ist (*de LL.* II, 20. Erst: *hereditate, aut si maiorem partem pecuniae capiat, aut si maior pars pecuniae legata est rel.;* — dann *ib.* 19.: *heredum caussa iustissima est, ... deinde qui morte testamentoue eius tantundem capiat quantum omnes heredes*; *tertio ... si nemo sit heres is qui de bonis ... usu ceperit plurimum possidendo*). Es scheint vielmehr, dass die Veränderung mit der Beseitigung einzelner praktischer Uebelstände, welche sich bei verwickeltern Vermögensverhältnissen mit der *Usucapio hereditatis* verbanden, angefangen und sich ungefähr gleichen Schrittes mit der genauern Ausbildung des Gegensatzes zwischen Universal- und Singular-Succession vollendet hat. *Huschke i. l.* S. 158.

So einleuchtend nun aber jene Nachtheile sind (namentlich die mögliche Zersplitterung der Erbschaft, die Schwierigkeit, die besessenen körperlichen Sachen in eine bestimmte usucapirte ideelle Erbschaftsquote umzusetzen, das Verhältniss des Usucapienten zu den Forderungen und Schulden der Erbschaft), und so begreiflich daher die Abänderung in der Wirkung der *pro herede usucapio* (wenn ja die alte *Usucapio hereditatis* schon alle die Folgen praktisch nach sich zog, welche mit dem Erbschaftserwerb bei voller Ausbildung der Idee der Universal-Succession sich verbinden): so ist doch auf der andern Seite eben so gewiss, dass fortan die *Pro herede usucapio* ihren Zweck nur noch theilweise und mittelbar erreichen konnte, indem sie allerdings dem zaudernden Delaten *resp.* Erben noch die Gefahr drohte, eine mehr oder weniger ausgeleerte Erbschaft zu bekommen, aber doch nicht mehr geeignet war, einen wirklichen Erben positiv herzustellen, an welchen an Stelle von jenem die Gläubiger mit ihren Forderungen oder die *Pontifices* wegen der *Sacra* sich halten könnten.

In letzterer Beziehung sorgte das *Ius pontificium* so, wie bei *Cic. de LL.* II, 19-21. (R. G. a. a. O.) überliefert ist; in ersterer half der Prätor, indem er mittelst Aufstellung der *Bonorum possessio* auf eine civilisirtere Weise, als es bei der *Pro herede usucapio* der Fall war, erzielte, für jeden Fall sicher und schnell einen Nachfolger auszumitteln, an welchen man wenigstens provisorisch als Erben sich halten könnte (u. §. 275.).

Nachdem so dieser ursprüngliche Zweck der *pro herede usucapio* nicht mehr durch sie, auf anderm Wege aber viel besser, erreicht wurde; und da sie demnach dem Usucapienten jetzt nur noch einen einseitigen, durch keine Last oder Verantwortlichkeit (wie solche der wirkliche Erbe trägt) ausgeglichenen, Gewinn verschaffte, welcher in seiner Person keines rechten und ehrlichen Grundes bedurfte: so konnte es nicht fehlen, dass sie fortan, wenn gleich objectiv die erwähnte niedrigere Bestimmung noch erfüllend und daher rechtlich fortbestehend, doch einer gewissen subjectiven Missbilligung moralischer Art ausgesetzt war, welche durch die Bezeichnungen *lucratiua, improba usucapio*, *praedo* (*Gai. d.*

§. 55. f. vgl. *L.* 1. §. 9. *L.* 2. §. 1. *L.* 30. *Si quis om. ca.*) und auch anderweitig (*Cic. de or.* II, 70. *quum Scaurus nonnullam haberet inuidiam ex eo, quod Phrygionis . . . bona sine testamento possederat, rel.;* eine entfernte, nur bildliche Assonanz bei *Plin. H. N.* II, 68. *improba et infinita debet esse tam uastae molis possessio*) angedeutet wird.

Rechtlich erlitt die *Pro herede usucapio* die erste Beschränkung durch das *Interdictum Quorum bonorum* (u. §. 319.), welches, wohl von Anfang an, zu Gunsten des *Bonorum possessor* die Restitutionspflicht auch auf die usucapirten Sachen ausdehnte, und damit für den einzelnen Fall die vollendete Usucapion erfolglos machte. Aber erst ein *SC.* unter Hadrian (verwandt oder identisch mit dem *SC. Iuuentianum* in *L.* 20. §. 6. *De H. P.*, u. §. 318.) gewährte dieselbe Kraft auch der *Hereditatis petitio* des Civil-Erben, *Gai. d.* §. 57., und durchschnitt damit den eigentlich erbrechtlichen Nerv der *Pro herede usucapio*, welche im Uebrigen als Erwerbsart des Eigenthums, und zwar bis auf *Iustinian* (*exclus.*) mit ihren sonstigen Singularitäten, namentlich der durchgängigen Frist von Einem Jahre, der Unerheblichkeit der *bona fides*, dem Ausschlusse des *Furtum*, u. dgl., fortbestand, nur dass in letzterer Beziehung durch das an Stelle der *Actio furti* aufgebrachte *Crimen extraordinarium expilatae hereditatis*, *L.* 2. *u. w. Expil. her.*, schon zur classischen Zeit eine weitere Abschwächung eintrat.

Ueber das ganze Institut ist im Einzelnen noch folgendes zu beachten:

1.° Allgemeine Voraussetzungen sind der Tod des bisherigen Eigenthümers als Erblassers, *L.* 1. *ff.* *L.* 3. *C. h. t.*, (womit auch der Satz zusammen hängt, dass eine fremde Sache, die sich in der Erbschaft findet, *pro herede* nicht usucapirt werden kann, *L.* 4. vgl. *L.* 1. *C. h. t.* *L.* 4. *C. De praescr. lo. te.*, so dass *L.* 3. *h. t.* auf *Usucapio pro suo* mit singulärem Titel zu beziehen ist, *Huschke i. l.*, S. 184.), und *Testamentifactio* in der Person des Besitzers, *L.* 4. *h. t.*, ja selbst weiter die wirkliche Fähigkeit Erbe zu sein, welche bei Verhältnissen von *Potestas* zu den Bedingungen gezählt wird, die als *facti* in der *subiecta persona* selbst zu erfüllen sind (*L.* 44. *pr. De C. et D.*, *L.* 38. *De stip. seru.*, *L.* 12. *De C. E.*

u. v. a.), daher der Satz *Seruus* (auch *Filiusfamilias* u. dgl.) *pro herede possidere non potest*, *L.* 3. §. 4. *De usurp.* (näheres darüber *Huschke i. l.* S. 180.)

2.° Eine Controverse bestand in früherer Zeit darüber, ob die *Pro herede usucapio* auch gegen *necessarii heredes* Statt finde, (verwandt jener andern über die Zulässigkeit der *In iure cessio hereditatis*, welche die Proculianer zuliessen, die Sabinianer ausschlossen, *Gai.* II, 37. III, 87.), doch war sie schon zu *Gaius* Zeit (während letztere noch fortdauerte) dahin geschlichtet, dass wohl gegen den *necessarius*, nicht aber gegen den *suus et necessarius* — *pro herede* usucapirt werden könne, *Gai. d.* §. 58. *Et necessario tamen herede extante, ipso iure* (d. h. vorbehaltlich des *SC. D. Hadriani*) *pro herede usucapi potest*, III, 201. *L.* 2. *C. h. t.* (*Nihil pro herede posse usucapi, suis heredibus existentibus, magis obtinuit*); wobei ohne Zweifel die Familienstellung der *Sui* (u. §. 311.) den Ausschlag gegeben hat, wie solche in *L.* 11. *De lib. et post.* (*continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla uideatur hereditas fuisse, rel.*) dargestellt wird.

3.° Wenn nach dem Obigen die *Pro herede usucapio* als *lucratiua*, *improba* bezeichnet zu werden pflegte, so hat das keineswegs die Meinung, als ob dieselbe überall diesen Charakter an sich getragen hätte; dies war vielmehr entschieden nicht der Fall da, wo der wirkliche Delat der Erbschaft oder der *Bonorum possessor* oder wer sich irrthümlich für *Heres* oder *Bonorum possessor* hielt, den Usucapionsbesitz ergriffen hatte, *L.* 33. §. 1. *De usurp. L.* 11. *pr. De her. pet.*, *Gai.* III, 80.; und solche Fälle mögen allerdings bei dem Ursprunge des ganzen Institutes *de facto* sehr in den Vordergrund getreten sein, vgl. *Huschke i. l.*, S. 204. Allein dieser Unterschied hat nur (abgesehen von dem anderweitigen Verhältnisse zwischen *bonae fidei* und *malae fidei possessor* bei der *Hereditatis petitio* nach dem *SC. Iuuentianum*) in der Theorie der *Pro herede usucapio* keinerlei Berücksichtigung gefunden, und es hat insbesondere keinen Grund, wenn man etwa die Anwendbarkeit des obgedachten *SC. D. Hadriani* nach demselben hat bemessen wollen, vgl. dagegen *Huschke i. l.*, S. 216. Erst im Justinianeischen Rechte, wo die ganze *Usucapio pro herede* unter Beseitigung

ihrer Singularität überall der gemeinen Usucapionstheorie unterworfen wurde, hat jener Unterschied wesentliche Erheblichkeit erlangt.

Ueber diese ganze Lehre s. besonders *Huschke* Ueber die *Usucapio pro herede*, *fiduciae* und *ex praediatura*, in d. Zeitschr. f. g. R. W. XIV, S. 145. ff. *Leist*, *Bon. Po.* I, S. 19. ff. *v. Scheurl Usucapio pro herede* und *in iure cessio hereditatis*, in s. Beiträgen I, S. 94. ff. Auch *Arndts* im Rhein. Mus. II, S. 125. ff. und in s. Beiträgen N. I.

§. 276. Die drei alten Formen der Testamente.

I. Die ursprüngliche ordentliche Form des Testamentes war die Errichtung *in comitiis calatis*, welche zu diesem Behufe zwei Mal im Jahre eigens abgehalten wurden, *Gell.* XV, 27. *Gai. d.* §. 101. *Ulp.* XX, 2. *Theoph. ad d.* §. 1. Das konnten nach *Labeo* bei *Gell. l.* sowohl *centuriata* als *curiata* sein (was *Walter* §. 22. und *Goettling* §. 74. bezweifeln, vgl. dagegen *Niebuhr* R. G. S. 381. 319. *Huschke* Rhein. Mus. VI, S. 291. *Puchta* §. 306.), und sie standen unter der Leitung, wenigstens Mitwirkung, des *Collegium pontificum* (R. G., S. 39. f.). Wie weit sich die vorgängige Cognition des letztern auf den Inhalt des letzten Willens erstreckt habe, ist ungewiss; und auf's neue bleibt es bestritten, ob die Betheiligung des *Populus* mehr die Bedeutung einer *Testificatio* hatte, *Dernburg* Zur Gesch. d. röm. Test. §. 10. u. w. *Puchta* §. 306. *Walter* §. 598. *Huschke* a. a. O., S. 288., oder aber eine wirkliche *Rogatio* mit Abstimmung über Genehmigung oder Verwerfung eingetreten, und so das genehmigte Testament gleich einem Gesetze seinem Inhalte nach unter die Gewähr des *Populus* gestellt worden sei, *Ihering* Geist, S. 137. ff. 189.

II. *In procinctu.* — Wenn das Heer in Schlachtordnung aufgestellt und die Auspicien eingeholt waren, so folgten vor dem Beginne des Kampfes noch verschiedene militärische Solennitäten mit *certa uerba*, wie Aufruf zum Kampfe (*Viros uoca proelium ineant*), dann *exercitum in aciem educere*, und nochmaliger Aufruf. Zwischen diesen, namentlich

vor dem zweiten Aufrufe, gab es eine bestimmte Pause, welche dem Aussprechen des letzten Willens durch Jeden, welcher wollte, gewiedmet war, *Gai. d.* §. 101. *Festus Endoprocinctu*, *Procincta*. *Theoph. ad d.* §. 1., *Plutarch. in Coriol.* 9., und besonders *Schol. ad Virgil. ed. Mai. Romae* 1835. VII, *p.* 306. und bei *Walter* §. 598. Vgl. auch *Vellei. Pat.* II, 5. (ein Beispiel um d. J. 600.) *Cic. de or.* I, 53, 228. *de N. D.* II, 3, 9. *Seru. ad Aen.* VII, 612.

III. Später kam das *Testamentum per aes et libram* hinzu, zunächst als Aushülfe für die Fälle, in welchen die ordentlichen Formen versäumt waren oder sonst nicht zu Gebote standen. Da mancipirte der Testator sein Vermögen an den Erben als einen *familiae emptor*, und trug ihm die Legate und sonstigen letztwilligen Verfügungen auf; dabei die gewöhnlichen fünf Zeugen, *Libripens*, *Antestatus*, und was sonst zur Mancipation gehört (o. §. 37.), *Gai. d.* §. 102. *Ulp.* XX, 2. *Gell.* XV, 27. *Fest.* vv. *Nexum*, *Nuncupata*. *Ps.-Quinctilian Decl.* 308. — Diese Form wurde nach und nach die ordentliche, und verdrängte frühe die beiden ersten, *Gai. d.* §. 103. *Theoph. ad d.* §. 1. Doch zeigte sich bei ihr der Nachtheil, dass man nur einen Anwesenden, wohl auch nur Eine Person, zum Erben machen konnte. So fing man im Verfolge an, zum *Familiae emptor* anstatt des beabsichtigten Erben selbst vielmehr irgend eine dritte Person zu nehmen, *Gai. d.* §. 103. *Plutarch. de se. nu. uind.* VIII, p. 174. (*Reiske*) *ὅταν δὲ διαθήκας γράφωσιν, ἑτέρους μὲν ἀπολείπουσι κληρονόμους, ἑτέροις δὲ πωλοῦσι τὰς οὐσίας· ὃ δοκεῖ παράλογον εἶναι.* Jetzt wurde also der *Familiae emptor* zu einer blossen Solennitätsperson, und die Mancipation nahm folgende Gestalt an: Familia pecuniaque tua endo mandatelam tutelam custodelamque meam, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi empta, *Gai. d.* §. 104.; wobei der wirkliche Inhalt des letzten Willens ganz in die mit der *Mancipatio* verbundene *Nuncupatio* überging.

Bei allem dem blieb noch der Uebelstand, dass man seinen letzten Willen durch die eben gedachte Verlautbarung schon bei Lebzeiten bekannt werden lassen musste. Um dieses zu vermeiden, (wie es überhaupt für gefährlich galt, s.

u. a. *Plin. H. N.* XIV, 28.) liess man neben der gedachten ganz mündlichen Form noch eine andere zu, bei welcher der sämmtliche Inhalt des letzten Willens verschwiegen, blos in schriftlicher Abfassung uneröffnet vorgezeigt, durch die *Nuncupatio* (auch *Testatio* genannt) für den unbekannten letzten Willen des testirenden Erblassers erklärt (HAEC ITA UT IN HIS TABULIS CERISQUE SCRIPTA SUNT, ITA DO, ITA LEGO, ITA TESTOR, ITAQUE UOS QUIRITES TESTIMONIUM MIHI PERHIBETOTE) und durch die vorhergehende Mancipation bekräftigt wurde, *Gai. d.* §. 104. *Ulp.* XX, 9. *Theoph. l. Isid. Or.* V, 24.) *testamentum uocatum, quia, nisi testator mortuus fuerit, nec confirmari potest nec sciri quid in eo scriptum sit, quia clausum et obsignatum est, rel.*) *L.* 20. §. 8. *Qui test. fa. po.* (*suprema contestatio*). Die Identität dieser solennisirten Urkunde wurde aber dadurch festgestellt, dass der *Familiae emptor* (oder der *Antestatus?* vgl. *Leist i. l.* S. 168.), der *Libripens* und die fünf Zeugen sie zusiegelten und ihren Siegeln ihre Namen beischrieben: so dass die sieben Siegel einen wesentlichen Bestandtheil der civilen Form des schriftlichen Testaments ausmachten, *Cic. in Ver.* I, 45, 117. *tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet*, vgl. *L.* 47. *De her. pet.* ... *de non iure facto nec signato testamento querela; L.* 6. *pr. De L. Corn. de fal.* ... *cum perfectum testamentum erit: caeterum si non signatum fuerit, magis est, ut SC.*[to] *locus non sit* ...; *prius enim oportet esse aliquod testamentum uel non iure factum, ut SC.*[to] *locus sit;* — wie denn auch allenthalben die Besiegelung (*signa, signare, signatores, obsignatores*), gemäss sonstiger Sitte bei Fertigung von Geschäftsurkunden, als Bestandtheil und Abschluss der Testamentserrichtung vorzugsweise erwähnt wird, z. B. *Cic. ad Att.* VII, 2, 3. XII, 18[a], 2. *p. Cluen.* 13, 37. 14, 41. 44, 125. *p. Mil.* 18, 48. *de Inuent.* II, 50. *Val. M.* VII, 7, 2. *L.* 22. §. 1. ff. *L.* 30. *Qui test. fa. po. Isid. i. l. Coll. LL. Mos. et R.* VIII, 7, 1. — Vgl. *i. G. Leist Bo. Po.* §. 27. f.

Gewöhnlich wurde dem Testament am Schlusse das Datum mit Ort und Tag beigesetzt, doch war das nicht Formal-Requisit, *Fr. Modestini* (*C. I. Ante-Iust. Bonn. p.* 169.). *Cum in tto. dies et Consules adiecti non sunt, non nocet quo*

minus valeat tt., vgl. *L.* 2. §. 6. *Testam. quem. Sueton. Octav.* 101.; dazu *Rudorff* Zeitschr. f. g. R. W. XII. S. 388., und die Testamentsstelle, S. 386., — so wenig als Unterschrift und Siegel des Testator selbst, welche doch auch erwähnt werden, *LL.* 10. 19. *Qui test. fa. po.* — Auch die Deposition der Testamentsurkunde — *in sacro, in publico* oder *in privato* war eine im Belieben stehende, aber häufig gebrauchte Cautel, *Sueton. Caes.* 83. *Octav.* 101. *Tac. A.* I, 8. *L.* 4. *De his q. in test.* *L.* 1. §. 2. *De b. p. sec. tab.* *L* 3. §. 2. *De tab. exh.*

Im Einzelnen ist noch folgendes zu beachten:

Die *Tabulae testamenti* waren eigentlich Holztafeln mit Wachs belegt, in beliebiger Zahl (*diptychae, triptychae, polyptychae*), dann wurde auch Papier (*charta*), Pergament (*membranae*) und andere Häute, selbst Elfenbein u. a. gebraucht, *L.* 1. *pr. De b. p. sec. ta.* *Gai.* II, 181. *Hor. Serm.* II, 5, 54. §. 12. *I. h. t.* u. *Theoph.* (vgl. i. A. *L.* 52. *De leg.* 3°.) *Isid. Or.* V, 24., *ante chartae et membranarum usum in tabulis delatis non solum testamentum, sed etiam epistolarum alloquia scribebantur; Heineccii Ant.* II, 10, 12. *Rudorff* Zeitschr. f. g. R. W. XII, S. 349. *Spangenberg Modus conficiendi instrumenta*, in *Tab. neg. sol.* S. 12. ff.; ob die Blätter neu oder vorbeschrieben (*deleticia*, palimpsest) oder gar auf der Rückseite anderweitig beschrieben (*opistographa*) waren, machte keinen Unterschied, *L.* 4. *eod.*; ebensowenig ob der Testator das Testament selbst geschrieben (*Isid. l. holographum tt. est manu auctoris totum conscriptum atque subscriptum, rel.*, vgl. *L.* 28. §. 1. *C. De testam.*) oder dictirt oder nach einem Concept hatte schreiben oder durch einen Andern concipiren lassen (*testamentarius*), *L.* 9. §§. 3. 6. *De her. inst.* *L.* 102. §. 1. *De leg.* 3°. *L.* 27. f. *Qui test. fa.* *L.* 1. §. 8. *L.* 15. u. w. *De L. Corn. de fal.* *Sueton. in Octav.* 101. *in Ti.* 76.; *Plin. Ep.* VI, 22.; doch war die Zuziehung eines *Tabellio* oder sonstigen Rechtskundigen oder auch eines rechtsunkundigen Concipienten (wie ein solcher sich auf seinem Grabsteine rühmt: *qui testamenta scripsit annos XIV. sine iurisconsulto*, s. *Mommsen* Zeitschr. f. g. R. W. XV, p. 370.) sehr gewöhnlich, *Arrian. Epict.* II, 13. Νομικὸς καὶ ἐξηγεῖται τὰ νόμιμα, ἀλλὰ διαθήκην μὲν οὐ γράφει, μὴ εἰδὼς, πῶς δεῖ γράφειν, ἢ παραλαβὼν τὸν εἰδότα. *Sueton. Ner.* 32. . . . *ne impune esset*

studiosis iuris, qui scripsissent uel dictassent (ingratorum in Principem testamenta), vgl. *L.* 88. §. 17. *De leg.* 2°., und es konnte sogar die Strafe des *Foro interdicere* speciell auf die Quasi-Entziehung dieser Concession gerichtet werden, *Ut testamenta ne ordinent uel scribant uel signent*, *L.* 9. §. 7. *De poenis*.

Sehr wichtig bei der Testamentsfertigung war das *Linum* (nicht zu verwechseln mit dem *linteum* oder *sabanum*, dem leinenen Umschlage, *L.* 22. §. 7. *Qui test. fa. po.*), d. h. die Schnur, mittelst welcher die mehrern *Tabulae* oder Blätter durch angebrachte Löcher zusammen gebunden, und deren Enden in die *Signa* gezogen und eingesiegelt wurden, — eine Vorrichtung, durch welche nicht allein der Verschluss gesichert, sondern auch das Einschieben, Wegbringen und Verwechseln einzelner *Tabulae* verhütet werden sollte, und welche den ganzen Zweck der Siegel so wesentlich mitbedingte, dass ein Testament, dessen *Linum* ganz durchschnitten war, trotz der noch vorhandenen *Signa* nicht mehr für signirt galt, *L.* 1. §. 10. f. *De b. p. sec. ta.*, vgl. i. A. *Gai.* II, 181. *L.* 3. §§. 19. 23. *De SC. Silan.* *L.* 28. §. 1. *De lib. leg.* *Paul.* IV, 6, 1. IV, 8, 1. Auch gab es darüber gesetzliche Cautelarvorschriften, *Sueton. in Ner.* 17. *Aduersus falsarios tunc primum repertum, ne tabulae, nisi pertusae ac ter lino per foramina traiecto, obsignarentur; cautum, ut in testamentis primae duae cerae, testatorum modo nomine inscripto, uacuae signaturis ostenderentur, rel.* *Paul.* V, 25, 6. *Amplissimus ordo decreuit, eas tabulas, quae publici uel priuati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino constringantur, atque impositum supra linum cerae signa imprimantur, ut exteriores scripturae fidem interiori seruent. Aliter tabulae prolatae nihil momenti habent.* Vgl. *Spangenberg*, Arch. f. civ. Pr. V, S. 153. *Glück* π. XXXIV, S. 432. ff. Ein und dasselbe Testament konnte sich in mehrern Urkunden darstellen, mit verschiedenem Verhältnisse unter denselben: erstens als Original und Copie, *L.* 1. §. 7. *De b. p. sec. ta.* *L.* 12. *Testam. quem.*, dann mehrere Original-Exemplare, jedes in voller Fertigung, *L.* 10. *pr. eod.* *L.* 47. *De legat.* 2°. *L.* 1. §. 5. *De b. p.*

sec. ta, §. 13. *I. h. t.* u. *Theoph.*, *L.* 24. *Qui test. fa. po.* *L.* 4. *De his quae in test. del.* *Sueton. in Octau.* 101. *in Ti.* 76.; endlich getrennte Theile, wieder jeder in voller Fertigung, eventuell für besondere Eröffnung unabhängig gestellt, welches letztere bei dem Pupillartestamente (u. §. 288.) regelmässige Einrichtung war, *Gai.* II, 181. *L.* 9. *De b. p. sec. ta.*, aber auch anderweitig in der Convenienz gelegen zu haben scheint, *L.* 3. §. 24. *De SC. Sil.* *L.* 1. §. 6. *De b. p. sec. ta.* *L.* 3. §. 1. *De ta. exh.*

Die erst in Schrift verfasste, aber noch nicht solennisirte (also auch nicht besiegelte) Testamentsurkunde war noch gar kein Testament, und konnte auch nicht als Codicill gelten, *L.* 11. §. 1. *De leg.* 3° *d.* *L.* 6. *pr. De L. Corn. de fal.* *L.* 29. *pr. Qui test. fa. po.;* dagegen hob es die Gültigkeit des Testamentes nicht auf, wenn der Testator es entsiegelte, dann aber durch die Zeugen wieder besiegeln liess, ohne Wiederholung der mündlichen Form, *L.* 23. vgl. *L.* 21. §. 1. *Qui test. fa. po.* Von selbst versteht sich endlich, dass die Zahl der fünf Zeugen nur das Minimum war, *Paul.* III, 4ª, 10. *L.* 7. *De b. p. sec. ta.*, wie denn eine grössere Anzahl nicht selten vorkam, *Cic. ad Att.* VII, 2, 3. *Sueton. in Ti.* 23. 76. (ob dieselben übrigens mit eignem oder fremdem, mit gleichem oder verschiedenem Siegel siegelten, machte keinen Unterschied, §. 5. *I. h. t.* *L.* 22. §§. 2. 5. *Qui test. fa. po.*), und dass es in dem Belieben des Testators stand, sein Geheimniss mehr oder weniger zu bewahren, wesswegen auch bei diesem schriftlichen Testamente mitunter von *tt. palam facere* u. dgl. die Rede ist, *Cic. l.* (*fecit palam te ex libella, me ex teruncio*), *ib.* XII, 18ª, 2. (*dabo meum tt. legendum cui uoluerit*) *p. Mil.* 18, 48. *p. Cluen.* 14, 41. *Hor. Serm.* II, 5, 51. ff.

Die jetzt beschriebene schriftliche Testamentsform war und blieb nun zwar die ganze classische Zeit hindurch die beliebteste und gewöhnliche, allein sie verdrängte keineswegs das ältere rein mündliche *Tt. nuncupatiuum*, welches vielmehr fortwährend Anwendung und bei dem Prätor sowohl als im *Ius ciuile* Anerkennung fand, *Sueton. in Vita Horatii*, a. E. *Decessit . . . herede Augusto palam nuncupato, quum urgente ui ualetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas*, *L.* 2. *C. De b. p. sec. tab.* *L.* 1. *C. De b. p. con. tab.* *L.* 58. *pr. De her. inst.* *L.* 21. *pr.* *L.* 25. *Qui test. fa.*

po. L. 7. *C. Th. h. t.* (IV, 4.); wenn gleich §. 14. *l. h. t.*, und besonders *Theoph.* dazu, der *Bonorum possessio secundum nuncupationem*, wie solche die erstangeführten Stellen ausdrücklich statuiren, nicht gedenken. Bei einem *duplex tt.* kann sogar das *primum* mündlich, das *pupillare* schriftlich oder umgekehrt vollzogen werden, *L.* 20. §. 1. *De vulg. et pup. L.* 8. §. 4. *De b. p. sec. tab.*; wogegen die mündliche Erbeinsetzung nicht genügt, um dem Inhalt eines schriftlichen Testamentes ohne Erbeinsetzung als solchem Kraft zu verleihen, *L.* 20. *De iur. cod.*

Was schliesslich noch ein Mal das Verhältniss zwischen den dargestellten drei Hauptformen des Testamentes betrifft, so schliesst *Walter* §. 598. aus seiner obgedachten, allerdings durch die Analogie der Adrogation (das. §. 22. N. 64.) unterstützten, Prämisse (wonach nur in Curiat-Comitien Testamente errichtet worden wären), dass den Plebejern die ganze Testamentsart *in comitiis calatis* unzugänglich gewesen sei; und knüpft daran die Vermuthung, dass für sie von jeher die Möglichkeit bestanden habe, bei lebendigem Leibe Haus und Hof in der Form des Nexum auf einen Andern zu übertragen, und durch diesen seinen Willen über das Einzelne vollstrecken zu lassen, und dass man dann aus diesem Geschäft erst später ein wahres Testament gemacht habe. Mit gutem Grunde verwirft aber *Huschke*, Zeitschr. f. g. R. W. XIV, S. 241. diese und ähnliche Vermuthungen, nach welchen ein auf Wirksamkeit bei Lebzeiten angelegtes Rechtsgeschäft die Wurzel des Testamentes gewesen sein soll. Und noch weniger Grund scheint es zu haben, wenn *Puchta* §. 306. glaubt, die Erbeinsetzung in einem *Tt. calatis comitiis conditum* habe stets eine Adoption enthalten, und sei also im Grunde keine Abweichung von der gesetzlichen Erbfolge gewesen.

---

§. 282. Beschränkte Testirfähigkeit der Frauen.

Die beiden ältesten Testamentsformen waren dem weiblichen Geschlechte von selbst unzugänglich (*quoniam cum feminis nulla comitiorum communio est*, sagt *Gell.* V, 19.

mit nächster Beziehung auf die *Adrogatio*), und es hält schwer, von dem Testamente der *Acca Larentia* Rechenschaft zu geben, welche den König *Romulus*, oder den *Populus Romanus* unter K. *Ancus Marcius*, zum Erben eingesetzt haben soll, *Gell.* VI, 7. *Macrob. Sat.* I, 10. *Plutarch. in Rom.* 5., was allerdings für ein hohes Alter des *Tt. per aes et libram* (o. §. 276.) zeugen würde. Dass nämlich dieses, und zwar schon in seiner ersten Gestalt, auch dem weiblichen Geschlechte offen stand, unterliegt keinem Zweifel.

Und dafür galt wohl ursprünglich die einfache Regel, dass die *Mulier uiripotens* und *sui iuris* unter *Auctoritas tutoris* testiren durfte.

Erst in der Folge, namentlich in jener Periode der egoistischen Ausbildung und Verstärkung der Agnaten-Tutel (o. §. 266.), wurde die grössere Beschränkung aufgebracht, dass eine *Mulier ingenua*, so lange sie sich in ihrer angebornen Familie befindet, von Rechtes wegen testirunfähig sei; womit man sich die oft gehässige Verweigerung der *Auctoritas* ein für alle Mal ersparte, *Cic. Top.* 4. *Gai.* I, 115ª *Boethius* zu *d. c.* 4.

Man drückte diesen Satz so aus: *mulierem, quae se capite nunquam deminuit*, oder, *quae coemptionem non fecit, testamenti faciendi ius non habere*, und es war damit von selbst gegeben, dass sie, so lange, als sie von ihren angestammten Agnaten noch erben konnte (es darf hier noch die volle Erbfähigkeit der *Agnatae* vorausgesetzt und von der spätern Beschränkung auf *Consanguineae*, u. §. 291., abgesehen werden), nicht fähig sein sollte, ihre eigne Erbschaft ihnen durch Testament zu entziehen.

Diese verstärkte Beschränkung der Testirfähigkeit fand aber bei der *Libertina* nie Statt, weil ihr gegenüber die Verweigerung der *Auctoritas* von Seite des *Patronus*, dem sie ihre ganze ökonomische Existenz verdankte, nichts gehässiges hatte, es mithin für sie lediglich bei der ursprünglichen Regel bewenden konnte, wie das durch das berühmte Beispiel der *Fecenia Hispala* bestätigt wird, von der *Liuius* XXXIX, 9. u. d. J. 568. erzählt: . . . *quin eo processerat consuetudine capta, ut post patroni mortem, quia in nullius manu erat, tutore a Tribunis et Praetore petito quum*

testamentum faceret, unum Aebutium institueret heredem. Vgl. i. A. *Gai.* I, 192. II, 122. III, 43.

Die spätere Reaction gegen die ausgeartete Agnaten-Tutel (o. §. 266, S. 247.) wurde sodann in dieser Anwendung wirksam durch die Zulassung der *Coemptio fiduciaria testamenti faciendi caussa* (o. §. 208. a. E.), — bestehend in *Coemptio*, *Remancipatio* und *Manumissio*, woher ein *alterius generis* (*fiduciarius*) *tutor*, *Gai.* I, 114—115[a]. *Fest. Remancipatam* — welche auch die *legitimi tutores* einer *Ingenua* nicht sollten hindern können, und durch welche sich also diese die Testirbefugniss verschaffen konnte, freilich nur mittelst Aufopferung ihres Familienverbandes, der von Alters her alle ihre Intestat-Erb-Anwartschaft in sich schloss (u. §. 291.).

Noch später, als die *Lex Claudia* die Agnaten-Tutel ganz aufgehoben hatte (o. §. 266.), also *Ingenuae*, die noch in ihrer angebornen Familie lebten, nur noch *alterius generis tutores* haben konnten, fehlte nun auch jeder Grund, um sie die Testirbefugniss mit jenem Opfer erkaufen zu lassen, und so hob ein *SC.* unter Hadrian sehr natürlich das Erforderniss der *Capitis deminutio* oder *Coemptio* ganz auf, *Gai.* I, 115[a]: womit denn die Sache wieder auf den ursprünglichen Stand zurück gelangte, nämlich dass die Frauen nichts weiter als der *Auctoritas* ihres *Tutor* bedurften, um testiren zu können, — nur mit dem Unterschiede, dass diese *Auctoritas* ihnen, mit Ausnahme der *Legitima patronorum ac parentum tutela*, nie versagt werden konnte, *Gai.* II, 112. f. 118. III, 43. *Ulp.* XX, 15.

Daher zählte man fortan, mit der gedachten Ausnahme, das Erforderniss der *Auctoritas tutoris* unter die rein formellen, wie die *Mancipatio* und *Nuncupatio*, so dass durch deren Mangel nur die civile Gültigkeit des Testamentes, nicht aber die *Bonorum possessio secundum tabulas*, ausgeschlossen wurde, *Gai.* II, 118—22., während zu *Cicero's* Zeit die *Capitis deminutio* als ein subjectiv-materielles Erforderniss, wo sie fehlte, der richtigern Meinung zufolge noch beides ausgeschlossen hatte, *Cic. ad Fam.* VII, 21. vgl. *d. c.* 4. *Top.*

Ausnahmsweise stand übrigens von jeher den *Virgines Vestales* wie die Freiheit von jeglicher Tutel (o. §. 266.), so

auch die Testirfreiheit zu, und zwar vom ersten Augenblick an, also auch vor erreichter Mannbarkeit, *Gell.* I, 12. *simul est capta atque in atrium Vestae deducta et Pontificibus tradita, eo statim tempore . . . ius testamenti faciundi adipiscitur;* und vorher: *minorem quam annos VI.*, *maiorem quam annos X. natam negauerunt capi fas esse;* vgl. *Plutarch. in Nu.* 10. (o. S. 244.). — Auch in Folge des *Ius trium uel quatuor liberorum* nach der *Lex Iulia et Papia Poppaea* war mit der Befreiung von der Tutel (o. §. 266.) das Recht zu testiren verbunden, *Gai.* III, 44. *Ulp.* XXIX, 3. *Plutarch. d. c.* 10. — Und als endlich die Geschlechtstutel ganz aufhörte (o. § 266., S. 248.) trat hinsichtlich der Testirbefugniss das weibliche Geschlecht vollends auf dieselbe Linie mit dem männlichen.

Schliesslich ist des Beispiels einer *Coemptio testamenti faciendi caussa* zu erwähnen, welches *Huschke Flauii Syntrophi etc. p.* 55. in der bei *Orell. Inscr.* II, 4859. ersichtlichen Leichenrede mit hoher Wahrscheinlichkeit nachgewiesen und in so sinnreicher Weise ergänzt hat, dass nur das Bedenken übrig bleibt, ob wohl einer Frau *in manu mariti* zugemuthet werden konnte, eine *Coemptio testamenti faciendi caussa cum extraneo* einzugehen, indem der Mann, ohne dessen Zustimmung diese doch nicht möglich war, sie ja viel kürzer selbst einem Dritten behufs der Freilassung mancipirt haben würde.

Ueber die ganze Lehre vgl. die theilweise verschiedene Auffassung bei *v. Savigny* Zur Geschichte der Geschlechtstutel, Verm. Schr. I, S. 262—91., besonders S. 288., und d. das. ang. Schr.

---

§. 288. Substitution.

Adde: Ulp. XXII, 25—34. *Paul.* III, 4b, 4. f. *Titt. ff. De uulg. et pup.* (XXVIII, 6.) *C. De inst. et subst.* u. *De impub. et al. subst.* (VI, 25. f.)

Es war eine althergebrachte Form der Erbeinsetzung, dem *Extraneus heres scriptus* gleich bei seiner Ernennung

im Testament die feierliche Antretung der Erbschaft binnen einer bestimmten Frist zur Pflicht zu machen, zugleich auf den Unterlassungsfall ihn wieder zu enterben und statt seiner einen andern Erben zu ernennen; das hiess *cum cretione instituere*: z. B. L. TITIUS HERES ESTO CERNITOQUE IN DIEBUS CENTUM PROXIMIS QUIBUS SCIES POTERISQUE, QUODNI ITA CREUERIS, EXHERES ESTO, TUM P. MAEUIUS HERES ESTO CERNITOQUE IN DIEBUS u. s. w.

War so die Frist mittelst der Worte *quibus scies poterisque* als *tempus utile* gegeben, so war es *Cretio uulgaris*, im Gegensatze der *Cretio certorum dierum*, wobei durch Weglassung jener Worte *tempus continuum* Statt findet, *Gai. d.* §. 171. ff. *Ulp. d.* §. 31. f. Durch Weglassung der Worte *exheres esto* wird es *Cretio imperfecta*, *Ulp. d.* §. 34. *Gai. d.* §. 177. (Ueber die praktische Bedeutung dieser Unterschiede s. u. §. 312.)

Diese Erbeinsetzung *cum cretione* war zwar zur classischen Zeit noch völlig in Uebung (vergl. insbesondere auch das Testament des *Dasumius* v. *a. u.* 862., in d. ZSch. f. g. R.-W. XII, S. 314., und dazu *Rudorff* S. 325.); allein daneben geschah es doch nicht selten, dass man einen Erben ohne Erwähnung der *Cretio* einsetzte, dabei die verschiedenen möglichen Fälle, wo der *heres scriptus* die Erbschaft nicht erwerben wollte oder könnte, mehr allgemein (ohne so überwiegende Rücksicht auf willentliches Unterlassen, wie solche sich in obiger Einsetzung *cum cretione* zeigt) und in freiem Ausdrucke umfasste, und auf jeglichen solchen Fall einen oder mehrere andere Erben einsetzte, z. B. *L. Titius heres esto. Si L. Titius heres non erit, P. Maeuius heres esto*, u. s. w. (*Appian.* B. C. II, 143. ἔθος Ῥωμαίοις παραγράφειν τοῖς κληρονόμοις ἑτέρους, εἰ μὴ κληρονομοῖεν οἱ πρότεροι.)

Auf beiden Wegen (*cum* oder *sine cretione*) bekam man mehrere Grade von Testamentserben hinter einander, d. s. *primi, secundi, tertii heredes* u. s. w. Und das ist Substitution, d. h. Erbeinsetzung unter der Bedingung, dass ein anderer, vorher eingesetzter, Erbe die Erbschaft nicht erwerben könne oder wolle.

Neben dieser gewöhnlichen Figur von *Substitutio* (als

solche — *uulgaris* genannt) zeigt sich schon ganz frühe eine zweite (*moribus introductum est, ut* u. s. w., *L.* 2. *pr. h. t.*), die *Substitutio pupillaris*, angelegt auf den Fall, da der Vater sein unmündiges Kind *in potestate* zum Erben einsetzte, dieses auch wirklich die Erbschaft erwürbe, aber dann selbst wieder vor erreichter Mündigkeit mit Tode abginge. In diesem Falle würde ja doch für den Nachlass des Vaters eigentlich nicht nachhaltig gesorgt sein; der unmündige Erbe ist nie recht Meister desselben geworden, und war insbesondere nicht fähig, durch eignes Testament das Schicksal der Erbschaft weiterhin zu bestimmen. Diesen Fall soll daher der Vater schon in seinem Testamente vorsehen dürfen, indem er darauf hin, sich ebenso, als ob das Kind gar nicht Erbe würde, einen *secundus heres* ernennt, z. B. *Lucius filius mihi heres esto. Si L. filius intra pubertatem decesserit* (oder: *moriatur priusquam in suam tutelam ueniat*), *tunc Titius mihi heres esto*. Doch blieb das nicht ganz rein und einzig der Grundgedanke der *Subst°. pupillaris*, sondern schon zur Zeit der Republik machte sich daneben noch der andere Gedanke gelten, dass der Vater, indem er jenen Fall durch eine neue Erbeinsetzung vorsieht, nicht sowohl sich selbst einen Nacherben als vielmehr seinem Kinde einen Erben ernenne, und damit gleichsam dessen mangelnde Fähigkeit, selbst für sich ein Testament zu machen, ersetze. Erst von diesem zweiten Gedanken ausgehend konnte man z. B. zu dem Satze gelangen, dass der Vater auch seinem enterbten Kinde *pupillariter* substituiren möge.

Diese beiden Grundgedanken treten uns schon bei *Cicero, de Inuent. II,* 21. in eigentlichem Kampfe unter einander entgegen, und zwar bei Anlass eines Processes zwischen den Agnaten eines Unmündig verstorbenen und den *Secundi heredes* — über die Erbschaft eines Dritten, welche sich in dem Nachlasse des Pupills vorfand, und welche dieser erst nach dem Tode seines Vaters erworben hatte: wobei die Agnaten sich darauf beriefen, dass der Vater auch durch die *Secundae tabulae* nur für sich testirt, mithin über den Nacherwerb des Pupills nicht verfügt habe, wesswegen denn dieser an des Pupills Intestaterben fallen müsse, — die *Secundi heredes* dagegen behaupteten, durch die *Secundae tabulae*

habe der Vater sowohl dem Pupill wie sich selbst Erben ernannt, so dass jetzt eine zwiefache Succession, für die väterliche Erbschaft *ex secundis tabulis*, für die Erbschaft des Dritten *ab intestato*, keineswegs Platz greifen, vielmehr für alles was der Pupill hinterlassen ohne Unterschied nur die *Secundae tabulae* des Vaters massgebend sein können.

Wenn nun aber gleich in diesem Process die *Secundi heredes* wahrscheinlich obsiegten, und unzweifelhaft der neuere der beiden Gedanken in dieser Anwendung und, unter mancherlei Controversen, auch in andern weiterhin zur Geltung gelangte, so hat er doch den ältern Grundgedanken niemals gänzlich verdrängt; vielmehr ist auf's deutlichste zu erkennen, wie die definitive Theorie der *Subst°. pupillaris* aus einer sinnreichen und nach praktischer Nützlichkeit bemessenen Combination der beiden Gedanken und ihrer Consequenzen hervorgegangen ist.

Von Altersher war es sehr gewöhnlich, die Vulgar- und Pupillar-Substitution mit einander zu verbinden, da es so nahe lag, auf den einen wie auf den andern Fall (ob das Kind vor dem Erblasser oder nach ihm, aber vor erreichter Mündigkeit, sterbe) denselben Erben zu ernennen, z. B. *Titius filius meus mihi heres esto. Si filius meus mihi heres non erit, siue heres erit et prius morietur quam in suam tutelam uenerit, Seius heres esto*, *Gai. d.* §. 179.; wenn daher jene Verbindung ein Mal unterblieben, und dann statt des vorgesehenen einen Falles der nicht vorgesehene andere eingetreten war, so stellte sich bald die Frage dar, ob von der einen Substitution auf die andere geschlossen werden dürfe? Und diese Frage wurde hinsichtlich des Schlusses von der Pupillar- auf die Vulgar-Substitution in dem besonders berühmt gewordenen Centumviralfalle *Curius v. Coponium* (*a.* 660–62., das Testament mochte ungefähr so lauten: *Si mihi uiuo aut intra decem menses mortis meae filius natus erit, heres esto. Si filius meus prius quam in suam tutelam uenisset, mortuus erit, M.' Curius heres esto.*) bejaht, *Cic. de or* I, 39. 57. II, 6. 32. *p. Caec.* 18. 24. *Brut.* 39. 52. f. *de Inuent.* II, 42. *Top.* 10. *Quinctilian.* VII, 6, 9 f.; die ganze Controverse aber, so weit sie jetzt noch fortdauerte, ist durch eine Constitution von *Marcus* und *Verus* da-

hin entschieden worden, dass von jeder der beiden Arten im Zweifel auf die andere geschlossen werden sollte, *L.* 4. *h. t.*

Was die äussere Einrichtung der Pupillar-Substitution betrifft, so pflegte man, um den Unmündigen vor Nachstellungen des *Secundus heres* (vgl. z. B. *Cic. p. Cluen.* 11. f.) sicher zu stellen, dafür, wenn sie auch gleichzeitig mit dem sonstigen Testament (*primae tabulae*) abgefasst und solennisirt wurde, doch eine besondere Urkunde (*secundae tabulae*) unter selbständigem Verschluss (*proprio lino propriaque cera*) zu fertigen, und, dass diese erst nach dem Tode des Unmündigen eröffnet werden solle, ausdrücklich in den *Primae tabulae* anzuordnen; und da es, wie gesagt, sehr gewöhnlich war, dieselbe Person sowohl *pupillariter* als *uulgariter* zu substituiren, so galt es behufs rechter Wahrung des Geheimnisses der Pupillarsubstitution für rathsam, auch die Vulgarsubstitution nicht in die *primae*, sondern in die *secundae tabalae* aufzunehmen, *Gai. d.* §. 181., vgl. *L.* 8. *Testam. quemad. L.* 39. *De poenis.* — Der Ausdruck *duplex testamentum* aber erklärt sich nach dem Gesagten von selbst, *L.* 79. *Ad L. Falc. L.* 1. §. 1. *Si cui plus.*

Im Einzelnen ist noch folgendes zu bemerken.

1. Während bei den classischen Juristen die Form der *Subst°. uulgaris* Si heres non erit ohne Unterschied als die übliche vorkommt, *Gai.* II, 179. *Ulp.* XXIII, 7. *L.* 1. §. 1. *L.* 4. §. 2. u. w. *h. t.*, scheint hingegen früher dem *necessarius heres scriptus* lieber durch die Worte *Si uiuo me morietur* substituirt worden zu sein, *L.* 29. *pr.* §. 1—4. *De lib. et po. L.* 37. *pr. De her. inst. L.* 16. §. 1. *h. t.*, indem bei diesem der Fall der Ungültigkeit der Einsetzung weniger nahe lag als bei dem *extraneus*, der Fall der Repudiation aber ganz ausgeschlossen war. Wenn damit einerseits (ungewiss ob absichtlich) die Eigenschaft des *necessarius* besser gewahrt wurde — in dem *Si heres non erit* könnte ja missverständlich ein *Si uolet*, *L.* 12. *De cond. inst. L.* 69. 86. *De her. inst.*, mitgefunden werden —, so trat anderseits dabei der Unterschied zwischen *primus* und *secundus gradus* weniger augenfällig hervor, und es konnte der *substitutus* den Worten

nach eher mit einem bedingten *institutus* verwechselt werden, — eine Verwechselung, welche den Juristen mitunter zu reden gab, *L* 33. §. 1. vgl. *L.* 7. 25. 48. §. 1. *h. t.* *L.* 37. *pr.* *L.* 85. *De her. inst.* *L.* 11. *De iur. delib.*, und deren Beseitigung als der überwiegende Vortheil erscheinen und für die neuere Form den Ausschlag geben mochte.

2. Sachlich kann man nach Belieben *singulos singulis, plures singulis, singulos pluribus, plures pluribus* substituiren, §. 1. *L.* 36. §. 1. *h. t.*, insbesondere mehrern *institutis* sammethaft, so dass sie zusammen einen festen Grad bilden (*Titius et Sempronius heredes sunto. Si neuter heres erit, Maeuius et Septimius heredes sunto*), — oder jedem besonders (*Titius et Sempronius heredes sunto. Si Titius heres non erit, Maeuius heres esto, si Sempronius heres non erit, Septimius heres esto*), so dass eventuell der eine *substitutus* neben dem andern *institutus* zur Erbschaft gelangt, *L.* 19. *De iniusto*, *L.* 59. §. 3. *De her. inst.* *L.* 39. §. 2. *h. t.* (nach letzterer Stelle soll der Theil des ausfallenden A, dem nicht substituirt ist, *iure accrescendi* eben so wohl an den *Substitutus* des ausfallenden B gelangen, wie an die antretenden C und D.); während im erstern Fall das *ius accrescendi* unter den *institutis* jeglicher Substitution vorgeht, *L.* 30. *h. t.*— Natürlich kann auch ein *institutus* dem andern substituirt werden, auch mehrere oder alle *instituti* einander gegenseitig (*Subst°. mutua s. reciproca*, *L.* 4. §. 1. *h. t.* *L.* 64. *De leg.* 2°.), und zwar zu bestimmten Theilen oder stillschweigend so, dass die Quoten der Einsetzung auch für die Substitution gelten, §. 2. *L.* 5. *L.* 24. 41. §. 1. *h. t.* Sind neben den Miterben noch andere *substituti*, so nehmen diese Kopftheile, jene nach der angegebenen Proportion das übrige, *L.* 32. *h. t.* *L. fi. C. De impub. et al.*, vgl. *L.* 9. *h. t.* Für die *Subst°. mutua* gibt es abgekürzte Ausdrücke, z. B. *eosque inuicem substituo*, *L.* 23. 41. §. 5. *h. t.*, vgl. *L.* 24. f. *De her. inst.* (*tacita subst°.*) *L.* 37. §. 1. *L.* 53. *eod.*, u. dgl., wonach die Neuern sie dann *compendiosa* oder *breuiloqua* (besser *—ens*) nennen. Bei der *mutua subst°.* bleibt übrigens immer noch der Unterschied von dem *ius accrescendi*, dass die *Subst°.* als selbständige bedingte Erbeinsetzung behandelt wird, also der *Subst°*. die Delation der *Subst°*. erlebt haben muss, *L.* 10. *pr.* *L.* 23.

L. 45. § 1. *h. t.* *L.* 81. *De A. v. O. H.* Auch muss er, wenn er als wirklicher Erbe substituirt ist (*quisquis mihi heres erit* u. dgl.) seinen Theil *ex institutione*, und zwar *ex sua persona*, *L.* 3. 8. §. 1. *L.* 41. §. 1. erworben haben, um den *ex substitutione* deferirt zu erhalten, *L.* 23. 31. *pr.* 34. §. 1. *L.* 43. §. 3. *h. t.* Ueberhaupt ist jede Substitution als solche eine bedingte Einsetzung, und steht unter den Regeln von dieser; dann kann sie aber auch wieder an eigenthümliche Bedingungen geknüpft werden und hienach eine bedingte oder unbedingte sein, wie die Institution selbst, *L.* 8. *pr. h. t.* Endlich steht auch die Zahl der Grade, welche durch hinter einander gestellte Substitutionen gebildet werden sollen, im Belieben des Testator, *L.* 36. *pr. h. t.*, und die Reihe, welche oft ziemlich lang ausfiel (*Test. Dasumii l*, *p.* 314.), schloss nicht selten mit einem *servus cum libertate heres scriptus*, *pr h. t. d. L.* 36.

3. Die Substitution darf nicht eine blosse Wiederholung der Einsetzung sein: geht sie nicht, wie gewöhnlich, auf eine verschiedene Person, so muss wenigstens in der *caussa*, d. h. in der materiellen Stellung des Gerufenen, ein Unterschied stattfinden, *L.* 10. §. 7. *L.* 48. §. 1. *h. t.* Wer gar nicht zum Erben eingesetzt ist, dem kann nicht gültig substituirt werden, und der *Subst°.* gilt nicht etwa als *primo gradu sub condicione institutus*, *L.* 19. *De her. inst.* (vgl. *L.* 37. §. 1. *eod.*); dagegen schadet es nicht, wenn die Substitution vor der Institution steht, *L.* 28. *eod.* — Wenn die Substitution eine grössere Quote gibt als die Institution, so gilt sie hinsichtlich des Ueberschusses als bedingte Institution, *L.* 9. §. 15. *L.* 15. §. 1. *L.* 16 *eod.* Wer seinen Theil als *institutus* erworben hat, erwirbt den andern, welcher ihm *ex substitutione* anfällt, nothwendig und *iure accrescendi*, *L.* 35. *pr. De A. v. O. H.*

4. Auch die *Subst°. pupillaris* kann als eine gegenseitige angeordnet (*tertium genus subst.**) oder auf den letztversterbenden gerichtet oder stillschweigend in der *Subst°. uulgaris* begriffen werden, doch wird letzteres im Zweifel nur dann angenommen, wenn die *Subst°. pupillaris* nicht bloss für einen einzelnen *institutus*, sondern als eine wirklich gegenseitige gedacht werden konnte, *L.* 4. §. 1. f. *L.* 45. *pr. h. t.* —

L. 25. *L.* 34. *pr.* *L.* 87. *eod.* — Ueber den gedachten Fall des letztversterbenden; §. 6. *L.* 25. 37. 41. §. 7. *L.* 42. *h. t.* *L.* 9. *pr.* *De reb. dub.* *L.* 11. *pr.* *De b. p. sec. tab.* Uebrigens kann man auch einem Kinde substituiren und dem andern nicht, oder jedem einen Andern oder demselben Kinde den Einen *vulgariter*, den Andern *pupillariter*, *L.* 38. *pr.* 39. §. 1. *h. t.*

5. Das *pupillare tt.* (besonders früher auch *secundae tabulae* genannt) wird als Anhang (*pars et sequela*) des väterlichen Testamentes angesehen, §. 5. *I.* *L.* 38. §. 3. *h. t.* *L.* 11. *Test. quem.*; es gilt mit diesem für eines, *L.* 20. *pr.* vgl. *L.* 2. *pr. h. t.*, nur mit diesem kann es existiren, *L.* 1. §. 3. *L.* 2. §. 1. *h. t.*, durch dessen Gültigkeit ist auch die seinige bedingt, §. 5. *L.* 2. *pr. h. t.* *L.* 41. §. 5. *De te. mil.*, und durch die *secundae tabulae* können die *primae* nicht Kraft erhalten, *L.* 44. *h. t.* Dessen ungeachtet werden aber doch zwei verschiedene Successionen geordnet, die des Vaters und die des Kindes, §. 2. *L.* 2. §. 4. *h. t.* *L.* 2. §. 2. *De her. uend.* und die *secundae tabulae* können später als die *primae* (*diuerso actu*) und in anderer Form (mündlich statt schriftlich oder umgekehrt, *L.* 16. §. 1. *L.* 20. §. 1. *h. t.* *L.* 8. §. 4. *De b. p. sec. ta.*) errichtet werden. Nur soll die *Subst*[o]. *pupillaris* nicht vor der eignen *institutio* des Vaters geschehen, *L.* 2. §. 4. *h. t.* (doch auch nicht absolut festgehalten, §. 5. *ib.*), worin sich, wie §. 7. *ib.* andeutet, noch fast einzig der Charakter einer *Substitutio* (für den Vater) erhielt, während sie sonst der neuern Idee zufolge eigentlich eine *institutio* (für das Kind) geworden war (vgl. z. B. *L.* 41. §. 8. *h. t.*).

6. Wohl kommt durch die *Subst*[o]. *pup*[e]. oft materiell und mittelbar die väterliche Erbschaft an den *substitutus* (auch hier fortwährend *secundus heres* genannt), aber das ist nicht wesentlich. Dieser bekommt zwar alles, was der Pupill hinterlässt, ohne Unterschied zwischen selbsterworbenem und ererbtem, *L.* 10. §. 5. *L.* 46. *h. t.*, und ohne dass der *Subst*[e]. etwa die Erbschaft des Vaters, welche das Kind erworben hat, ausscheiden könnte, §. 2. *ib.*; aber der Vater kann auch einem enterbten Kinde substituiren, §. 4. *h. t.*, nur kann er in letzterm Falle dem *Subst*[e]. keine Legate auflegen, *L.* 92. §. 2. *L.* 93. 94. 126. *pr.* *De leg.* 1°. *L.* 103. *pr.* *eod.* 3°. *L.* 11. §. 8. *Ad L. Falc.* *L.* 41. §. 3. *De te. mil.*, und in allen Fällen

wird für den Betrag der Legate hinsichtlich der *Lex Falcidia* (u. §. 330.) lediglich auf den Betrag des Vermögens zur Zeit des Todes des Vaters gesehen, *L.* 11. §. 5. ff. *L.* 79. *Ad L. Falc. L.* 1. §. 1 *Si cui plus. L.* 41. §. 6. *h. t.* Zum Privilegium des *miles* gehört, dass derselbe für das, was von ihm selbst an den Pupill gelangt, auch *ultra pubertatem* substituiren, *L.* 15. *h. t.*, vgl. *L.* 41. §. 4. *De te. mil.*, und dass er auch *intra pubertatem* die Substitution auf jenes beschränken kann, *L.* 10. §. 5. *h. t.*

7. Wie die *Subst°. pup*. wegen ursprünglicher Ungültigkeit der *primae tabulae* nicht gilt, so zerfällt sie auch, wenn diese rumpirt oder destituirt werden, *L.* 2. §. 1. *L.* 10. §. 4. *L.* 38. §. 3. *h. t. L.* 40. *De A. v. O. H.*, *L.* 27. §. 2. *Ad SC. Treb.*, nur dass im letztern Falle das *Edictum si quis omissa caussa* (u. §. 342.) dem *Subst*., wie sonst einem Legatar, zu gute kommt, *d. L.* 2. §. 1. *L.* 40 *De A. v. O. H.*, *L.* 25. *Si quis om. ca*, wie denn auch ein Fideicommissar *e secundis tabulis* den *heres e primis* unter Umständen zur Antretung zwingen kann, *L.* 2. §. 2. *h. t. L.* 27. §. 4. *Ad SC. Treb.* Auch kann der *Subst*. zur Erbschaft des Pupills nicht gelangen, wenn er die des Vaters, zu welcher er neben dem Pupill gerufen war, ausgeschlagen hatte, *L.* 10. §. 3. f. *h. t.*, und umgekehrt wird er nothwendig, *ipso iure*, ohne Delation und Antretung, vielmehr gleichsam *iure accrescendi*, Erbe des Pupills, wenn er die Erbschaft des Vaters erworben hat, *L.* 59. *De A. v. O. H. L.* 20. *C. De iur. delib.* Wer dem Vater *necessarius heres* wäre, wird es auch durch das Pupillar-Testament gleichsam dem Pupill, *L.* 2. §. 4. *L.* 10. §. 1. *L.* 18. *pr. h. t. L.* 3. § 4. *De her. inst. L.* 42. *pr. De A. v. O. H.* Vgl. *L.* 48. §. 2. *h. t.* — Ueber die römische Streitfrage, ob das dem Pupill gewordene *beneficium abstinendi* auch dem *Subst*. *pup*. zu Statten komme, s. *d. L* 42. *pr.* und *L.* 28. *De reb. au. iud. po.* Und dass das Kind, welches *e primis tabulis* den Vater, *e secundis* ein Geschwister beerbt hat, das *beneficium abstinendi* für die väterliche Erbschaft allein erlangen kann, und dann bloss die Legate *e secundis tabulis* zu leisten hat, sagt *L.* 12. *h. t.* vgl. *L.* 41. *De A. v. O. H.*

8. Zur *Subst°. pup*. wird väterliche Gewalt des Testator erfordert, nicht Unmittelbarkeit schon zur Zeit des

Testamentes; doch zerfällt die *Subst°.*, wenn der Enkel u. dgl. durch den Tod des Testator nicht *sui iuris* wird, *L.* 28. *De test. mil.*, oder das Testament wegen Präterition rumpirt, §. 4. *L.* 2. *pr. h. t.* Nachherige *Adrogatio* des *impubes* hebt die *Subst°.* des *parens naturalis* nicht auf, *L.* 40. *h. t.* *L.* 19. *pr. De adop.* *L.* 2. §. 5. *De SC. Tert.* Der *Adrogator* aber kann durch seine *Subst°. pup°.* nur das dem *Subst°.* zuwenden, was er selbst dem Pupill über das Schuldige hinaus gegeben hat, *L.* 10. §. 6. *h. t.*

9. Jede *Subst°. pup°.* erlischt, wenn der Pupill den Zeitpunkt der Pubertät erlebt, *L.* 7. 14. 15. 41. §. 7. *L.* 43. *pr.* 47. *h. t.* Wie aber der Testator sich innerhalb der Pubertät auf einen frühern Zeitpunkt beschränken, *L.* 21. 38. §. 1. *h. t.* oder den Zeitraum der Unmündigkeit zwischen verschiedenen *Substituti* vertheilen, *L.* 38. §. 2. *L.* 43. § 1. *h. t.*, und wieder wie auf indirecten Wegen er selbst die Jahre der Unmündigkeit überschreiten oder Andere den Erfolg einer *Subst°. pup°.* überhaupt erzielen können, darüber s. ang. St. und *L.* 33. *pr.* 39. *pr. h. t.* vgl. *L.* 69. §. 2. *De leg.* 2°. *L.* 41. §. 3. *h. t.* *L.* 95. §. 1. *Ad L. Falc.*

10. Auch das *pupillare tt.* lässt mehrere Grade zu, d. h. ein- oder mehrfache *Subst°. uulgaris* oder selbst wieder eine *Subst°. pup°.* hinter der eigentlichen *Subst°. pup°.*, *L.* 13. 25. 46. *h. t.* Dagegen findet der Satz *Substitutus substituto est etiam substitutus instituto*, §. 3. *De uulg.* *L.* 41. *pr. h. t.*, keine Anwendung, wenn B dem A *pupillariter* und C dem B wieder *pupillariter* substituirt ist, *L.* 47. *h. t.*

11. Durch *Subst°. uulgaris* kann man sowohl für sich als für seinen Pupill die Caducität ausschliessen (*Titius si capere poterit, heres mihi* oder *filio, si intra pubertatem rel., esto; si capere non poterit, Seius mihi* oder *filio rel. heres esto,* u. dgl., *L.* 62. *pr.* *L.* 78. §. 3. *L.* 79. 80. *De her inst.*

Und wenn der eingesetzte Erbe für die Erbschaft des Vaters *incapax* war, so fällt ihm die Erbschaft des Pupills, so weit dieselbe anderes enthält als was auf diesen vom Vater gekommen, doch zu, wenn er bei dem Tode des Pupills *capax* ist, und umgekehrt kann der Nachtheil der Incapacität bei der Erbschaft des Pupills auch den *Substitutus* treffen, welcher die Erbschaft des Vaters als *capax* erwor-

ben hat, L. 6. 11. h. t. Der Verlust eines Theiles der väterlichen Erbschaft zur Strafe für *tacita fides accommodata, ut non capienti partem ex eo, quod acceperat, daret,* thut dem Erwerbe *ex substitutione pupillari* keinen Eintrag, *L.* 43. §. 3. *h. t.*

§. 294. Das neuere Kaiserrecht der Intestat-Erbfolge.

Unter den christlichen Kaisern erfolgte eine grosse Zahl von Verordnungen, durchgehends in der Richtung, dem Principe der Cognation auf Kosten desjenigen der *Familia* noch mehr Geltung zu verschaffen. Sie beziehen sich theils auf die *Ordines* der *Liberi* und der *Legitimi*, theils auf die beiden *SCt^a. Tertullianum* und *Orphitianum.*

I. *Liberi.* — Nach *L.* 4. *pr. C. Th. De legit. her.* (V, 1. *Valentinianus, Theodosius et Arcadius, A.* 389.) = *L.* 9. *C. De suis et legit.* (VI, 55.) sollen neben Kindern, Enkeln *ex filio* u. s. w. auch die Enkel *ex filia* erben, wobei aber diesen ein Dritttheil in Abzug fällt und jenen zuwächst; z. B. wenn der Erblasser einen Sohn A., eine Tochter B., von dem vorverstorbenen Sohne C. und von der vorverstorbenen Tochter D. je einen oder mehrere Enkel hinterlässt, so bekommen diese Kinder der D. zusammen $\frac{1}{4} - \frac{1}{12} = \frac{1}{6}$, dagegen A., B. und (zusammen) die Kinder des C. je $\frac{1}{4} + \frac{1}{36} = \frac{5}{18}$.

Dieses Recht ist ganz auch in §. 15. *I. De hered. q. ab intest.* anerkannt, und erst durch *N.* 18. *c.* 4., nicht schon durch §. 16. *d. Tit. I.* (vgl. dazu *Schrader*), wurde jener Abzug des Dritttheils aufgehoben. Dagegen erklärt allerdings *d.* §. 16. (vgl. *L.* 12. *C. De suis et legit.*) die anderweitige Verordnung in §. 1. *d. L.* 4. für aufgehoben und desshalb vom *Codex* (s. insbesondere *d. L.* 9. *C. De suis et legit.*) ausgeschlossen, durch welche die Enkel *ex filia*, wenn sie bloss mit Agnaten concurriren, diesen zwar vorgehen, aber doch ein Viertheil der Erbschaft an sie abgeben sollten, und setzt sie unbeschränkt den Agnaten vor.

II. *Legitimi.* — Nach einem Gesetz des K. *Anastasius*, welches nicht überliefert, dessen Inhalt aber der Hauptsache nach aus §. 1. *I. De succ. cogn.*, vgl. §. 12. *De grad. cogn. L.*

4. C. De legit. tut. L. 15. §§. 1, 3. C. De legit. her. ersichtlich ist, sollten die emancipirten Geschwister, nicht auch deren Kinder, als Agnaten erben, doch mit einem Abzuge, der nach *Theoph. ad d. §. 1.* wieder ein Drittheil betragen zu haben scheint.

Justinian gab allen Geschwistern, auch den *uterinis*, und den Kindern von Geschwistern volles Agnaten-Recht, unter Aufhebung des vorgedachten Abzuges bei emancipirten Geschwistern, *L.* 15. §§. 1—3., vgl. *L.* 14. §. 1. *C. De legit. her.*, §. 4. *I. De legit. agnat.*

Auch hob er allen Vorzug der männlichen Agnaten vor den weiblichen (ob §. 291.) auf, *L. 14. pr. C. De legit. her.* §. 3. *I. De legit. agnat.*, und schrieb *Successio graduum* für die Klasse der Agnaten vor, §. 7. *I. eod.* (s. das. *Schrader* über die ursprüngliche Constitution), vgl. *L.* 4. §. 9. *C. De bon. libert.*

Ferner sollten im Nachlasse emancipirter Kinder die Geschwister dem Vater vorgehen, *L.* 13. *C. De legit. her.*, und vollbürtige Geschwister einander im Mutterguite vor *Consanguinei* von einer andern Mutter beerben, *L.* 11. *C. Comm. de succ.*, d. *L.* 13.

Vollbürtige Geschwister wurden endlich durch *N.* 84. überall den halbbürtigen vorangestellt.

III. Zum *SC. Tertullianum.* — Durch *L.* 1. *C. Th. De legit. her.* (K. 1. A°. 321.) gibt K. *Constantin* der Mutter für den Fall, da sie das *Ius liberorum* nicht hat, ein festes Intestat-Erbrecht auf ein Drittheil, wenn die nächsten Agnaten Oheime des Erblassers oder in noch entfernterem Grade sind. Dafür gewährt umgekehrt dieses Gesetz neben der Mutter, welche das *Ius liberorum* hat, dem *Patruus*, dessen Sohn und Enkel (nicht weiter), wer und wie Viele von diesen drei Graden als nächste agnatische Verwandte vorhanden seien, dann ein festes Drittheil der Erbschaft insgesammt, wenn ihr Agnaten-Nexus gebrochen ist. Dieses letztere Recht wurde durch *L.* 2. *C. Th. eod.* (*Valentinianus et Valens*, A°. 369.), vgl. *L.* 7. *eod.* (*Theodosius et Valentinianus*, A°. 426.) auch dem emancipirten Bruder gewährt.

Justinian hob das Erforderniss des *Ius liberorum* für die Mutter gänzlich auf, *L.* 2. *C. De iur. lib.* §. 4. *I. De SC. Tert.*

und verordnete statt alles übrigen durch *L.* 7. *pr. C.* (vgl. §. 5. *I. eod.*), dass die Mutter allen Seitenverwandten vorgehe, mit einziger Ausnahme der Geschwister, agnatischer oder cognatischer, neben welchen sie, wenn es lauter Schwestern sind, die Hälfte der Erbschaft, sonst einen Kopftheil bekomme. Letztern Unterschied hob er durch *N.* 22. c. 47. §. 2. auch noch auf, und gab der Mutter neben Geschwistern überall einen Kopftheil.

Neben Vater (ohne *potestas*) und Geschwistern sollte nach *d. L.* 7. §. 1. die Mutter bloss den Niessbrauch von zwei Dritttheilen der Erbschaft mit jenem zusammen bekommen, wogegen ihr das gewöhnliche Erbrecht (Hälfte, bez. Kopftheil) belassen wurde, wenn das zu beerbende Kind *in potestate patris* verstorben war.

IV. Zum *SC. Orphitianum.* — Gleichwie die Enkel *ex filia* in der Erbschaft ihres mütterlichen Grossvaters und unter denselben Beschränkung, nämlich der Abgabe eines Viertheils (o. I. a. E.), setzte §. 2. *d. L.* 4. *C. Th.* die Enkel auch in der Erbschaft der väterlichen und mütterlichen Grossmutter den Agnaten vor; was denn auch *Iustinian*, unter Aufhebung der Beschränkung für dieses wie für jenes Verhältniss, durch *L.* 12. *C. De suis et legit.* (vgl. §. 1. *I. De SC. Orphit.*) bestätigte.

Endlich verordnete *Iustinian* durch *L.* 5. *C. Ad SC. Orphit.* (VI, 57.): Wenn eine *Mulier illustris* neben ehlichen Kindern auch *spurii* (*patre incerto*) hinterlässt, so werden diese durch jene ausgeschlossen; womit indessen dem Erbrecht ordentlicher Concubinen-Kinder in dem Nachlasse ihrer Mutter kein Eintrag geschehen solle.

§. 296. Erblosigkeit, *bona uacantia.*

Adde: Tit. *C. De bonis uacantibus et de incorporatione* (X, 10).

Wenn gar kein Erbe oder *Bonorum possessor*, nach Testament oder *ab intestato*, eintritt, so war für diesen Fall theils von Alters her von selbst gesorgt durch die überhaupt

Jedem offen stehende *pro herede possessio* und *usucapio* (§. 274), theils stand ediotgemäss den Creditoren das Begehren von *Missio in bona* und Concurs zu (§. 202).

Die *Lex Iulia et Papia Poppaea* gab aber dem Aerar ein Recht auf solche *bona vacantia*, Ulp. XXVIII, 7: *si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit, aut sit quidem, sed ius suum omiserit, populo bona deferuntur ex lege Iulia caducaria*, Gai. II, 150.... *lege bona caduca fiunt et ad populum deferri iubentur, si defuncto nemo*.... (vgl. allenfalls *Tac. A.* II, 48. *Gell.* I, 12. a. E.), so dass dasselbe (später trat der *Fiscus* an seine Stelle, R. G. §. 156.) wesentlich in die Stellung eines Erben oder *Bonorum possessor* gelangte, und nicht allein die Schulden, sondern, bei destituirtem Testament auch die Vermächtnisse ausrichten musste, *L.* 96. §. 1. *De legatis* 1°, wie denn auch die Freilassungen, sowohl directe als fideicommissarische, *L.* 14. *De I. F.*, *L.* 4. §. 17. *L.* 31. *pr. De fid. lib.* §. 1. a. E. *De eo cui lib. ca.*; nur nicht die *in fraudem creditorum* geschehenen, *L.* 4. §. 19. *De fid. lib.*, zur Geltung gelangen, und bei vorhandenem oder nicht vorhandenem Testamente die erst durch den Tod confirmirten Schenkungen, z. B. *inter virum et uxorem*, bei Kräften verbleiben, *L.* 1. *C. De don. i. V. et V.* Auch wenn der Fiscus auf die Succession verzichten will, so ist er gegenüber einem Universal-Fideicommissar doch *ex SC. Pegasiano* verpflichtet zu restituiren, als wenn er sein Recht geltend gemacht hätte (*quasi vindicaverit*), *L.* 6. §. 3. *Ad SC. Treb.* Endlich kann der Erblasser in der Voraussicht, den Fiscus *ab intestato* zum Nachfolger zu bekommen, demselben geradezu ein Fideicommiss auflegen, *L.* 114. §. 2. *De legat.* 1°.

Eine wirkliche Antretung der Erbschaft oder auch nur eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, die Verlassenschaft haben zu wollen, war nicht erforderlich, sondern letztere fiel dem Fiscus in dem Sinne von selbst und von Rechtes wegen (*ipso iure*) zu, dass er sie von dem Zeitpunkte des Anfalles an entweder ohne weiteres im Fiscal-Wege, sei es factisch einziehen, sei es rechtlich verfolgen (*vindicare*), *L.* 50. *pr. De iure fisc.*, oder aber ausdrücklich von der Hand weisen und selbst stillschweigend liegen lassen konnte, — in welchem Sinne denn *agnoscere*, *admittere*

mit *spernere successionem* in Gegensatz gestellt zu werden pflegte, *L.* 6. §. 3. *Ad SC. Treb.* *L.* 4. §§. 17. 20. *De fid. lib.*

Das letztere war natürlich der regelmässige Fall, wenn die Verlassenschaft insolvent war, und desswegen knüpfte das prätorische Edict den hinter der Succession des Fiscus in Aussicht stehenden Concurs (*e clausula Si heres non extabit*, o. §. 202.) nicht etwa an die Repudiation von Seite des Fiscus oder gar an den Ablauf der Verjährungszeit seines Anspruchs, sondern lediglich an die materielle Insolvenz, d. h. *si e bonis fisco adquiri nihil possit*, *L.* 1. §. 1. *De I. F.*; ja man unterstützte diese Utilitäts-Theorie, welche eine nachtheilige Verzögerung des gewöhnlich doch bevorstehenden Concurses verhütete, noch durch die Denkform, dass schon der Begriff von *bona* einen Ueberschuss der Activen über die Passiven voraussetze, also bei einer insolventen Verlassenschaft eigentlich gar nicht von *bona vacantia* und dem nur auf solche gestellten Ansprüche des Fiscus die Rede sein könne, *L.* 11. *De I. F.*; *L.* 39. §. 1. *L.* 83. *De V. S.*: was aber alles nicht hinderte, dass sowohl die Theorie des Fiscalrechtes als auch die Fiscalpraxis den Satz festhielt, beziehungsweise (in den seltenen Fällen, wo es dem Fiscus belieben möchte, selbst eine insolvente Erbschaft mit ihren Lasten und Chancen zu übernehmen) durchsetzte, es könne die Insolvenz der Verlassenschaft dem Rechte des Fiscus auf die vacante Universal-Succession keinerlei Eintrag thun, *d.* *L.* 1. §. 1. (*ipso iure ad fiscum pertineant*, d. h. von Rechtswegen, so dass er sie aber nehmen oder lassen mag, welcher Sinn des *ipso iure* auch durch *L.* 18. *De usurp.* bestätigt wird, derzufolge *ex bonis vacantibus, nondum tamen nunciatis* ungehindert usucapirt werden kann); wofür es denn wieder nicht an einem allgemeinen Gesichtspunkt fehlen konnte, *L.* 119. *L.* 208. *De V. S.* *L.* 3. *pr. De bo. po.*

Im Sinne des *Successorium edictum* steht das Recht des Fiscus auf die *bona vacantia* unmittelbar hinter der ordentlichen Reihe der Intestaterben und vor dem Concurs, *L.* 1. *pr. De succ. ed.* *L.* 5. *C. De bo. au. iud.* (vgl. Gai. III, 78., wo der Fiscus in den Worten *neque ullum alium iustum successorem existere* stillschweigend begriffen wird.), und schliesst die *Successio ordinum et graduum*, so weit jenes sie auch-

kennt, nicht aus. *L. 1. §. 4. De succ. ed. L. 2. §. 47.* vgl. §. 22. *Ad SC. Tert.* Wenn hingegen ein *Bonorum possessor* nach erlangter *bonorum possessio* sich aus irgend welchem Grunde abstinirt hat, so wird nicht den nächstfolgenden Verwandten u. dgl. deferirt, sondern der Erbtheil fällt als *vacans* an den Fiscus, *L. 2. De succ. ed.*

Die erste Vorschrift des *SC. Iuventianum*, so lautend: *Cum antequam partes caducae, ex bonis Rustici, fisco peterentur, hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas; idemque in similibus causis servandum; L. 20. §. 6. De H. P.*, wurde auch auf die fiscalische Einziehung von *bona vacantia* angewendet, §. 7. *ibid.*

Diese Einziehung (*vindicatio, nunciatio*) überhaupt verjährt durch den Ablauf von vier Jahren von dem Zeitpunkte an, *quo certum esse coepit, neque heredem neque bonorum possessorem extare, L. 1. §. 2. De I. F., L. 6. §. 3. Si quis om. ca. L. 10. De div. temp. L. 1. C. De quadr. praescrip.* (VII, 37.) Wenn der Fiscus als Ansprecher oder als Besitzer von *bona vacantia* mit andern Erbansprechern über die Succession, oder als anerkannter *Successor* mit Erbschafts-Gläubigern oder Schuldnern, oder sonst über einzelne Rechtsverhältnisse mit andern Personen in Collision geräth, so wird aller solche Streit von den Fiscalbehörden und im Wege des Fiscalprocesses ausgetragen, *Keller*, C. Pr. §. 81. (wegen *L. 20. §. 7. De H. P.* dem Fiscus eine ordentliche *hereditatis petitio* zuzuschreiben, ist ganz unrichtig, und die Einrichtung Trajans, derzufolge dem Gegner des Fiscus in solchen oder andern Fällen eine Auswahl zwischen der Cognition des *Procurator fisci* und dem ordentlichen Rechtsgang zustand, *Plin. Paneg.* 36., hatte wohl keinen Bestand). Wenn dagegen der Fiscus, anstatt eigner Eingewinnung oder Liquidation die Erbschaft verkauft oder sonst veräussert, so verbleiben alle jene Streitpunkte in der Bahn des ordentlichen Civilrechtsganges, und der Käufer kann mit *utiles actiones* theils die Erbschaftsschuldner (wie ein sonstiger *emptor hereditatis, L. 16. pr. De pac. L. 5. C. De her. ven.*) belangen, theils von den Gläubigern, und zwar mit Ausschluss des Fiscus, be-

langt werden, *L.* 41. *De I. F.*; *L.* 1. *C. De her. vend.* (IV, 39.), haftet gleich jedem andern Erbschaftskäufer dem dritten Erbansprecher mit *utilis hereditatis petitio* (*utilis*: weil sie weder *pro herede* noch *pro possessore* besitzen, aber doch einem *pro herede possessor* succedirt sind), *L.* 13. §. 9. vgl. §. 8. *De H. P.*) und wird selbst, was der gewöhnliche Erbschaftskauf nicht mit sich bringt, gegen den dritten Erbschaftsbesitzer mit einer *utilis hereditatis petitio*, nach Analogie des Universal-Fideicommissars (§. 388.), versehen, *L.* 54. *pr. De H. P.*

Eine spätere Bestätigung des Anspruchs des Fiscus auf *bona vacantia* überhaupt enthält *L.* 4. *C. h. t.* (*Honor. Theod. Constant. A.* 421.), vergl. *L. un.* §§. 13. 14. *C. De cad. toll.*, Anordnungen über das Verfahren bei Einziehung und Incorporation: *L.* 3. (*Valent. Val. et Grat.*, *A.* 369.) *L.* 5. *eod.* (*Theod. et Valent. A.* 435.), und eine nachdrückliche Verwahrung gegen die auf angebliche Privilegien oder Special-Concession gestützten Anmaßungen einzelner Stadtgemeinden wegen *bona vacantia* findet sich in *L.* 1. *eod.* (*Dioclet. et Maxim.*, *A.* 292.).

II. Solche Privilegien, die *bona vacantia* ihrer Angehörigen vor dem Fiscus in Anspruch zu nehmen, standen nun aber wirklich manchen Corporationen und Anstalten zu, wie namentlich jeder Legion, *L.* 6. §. 7. a. E. *De iniusto* (vgl. die verdorbene *L.* 4. §. 17. *De fid. lib.*), was *Constantius* durch *L.* 1. *C. Th. De bonis militum* (V, 4. *A.* 347.) auch auf die andern Heeresabtheilungen (*vexillatio* bei der Cavallerie) ausdehnte, vgl. *L.* 2. *C. De hered. decur.* (VI, 62.), sodann den städtischen Curien (an den *bona vacantia decurionum*), *L.* 1. *C. Th. De bon. decur.* (V, 2. *Constantin*, *A.* 319.), vgl. *L.* 123. §. 6. *C. Th. De decurionibus* (XII, 1. *Valent. Theod. Arcad.* *A.* 391.) und *L.* 4. *C. De hered. decur.* (*Theod. et Valent.* A. 429.); den Schiffergilden, *Nov. Valent.* III. Tit. 28. §. 1. *De naviculariis* [illegible] (A. 450.), *L.* 1. *C. De hered. decur.* (*Constantius* A. 354.); den Cohortalen, d. h. den Officialen und Apparitoren der *Praesides provinciarum*, *L.* 3. *C. eod.* (*Constantius*, A. 349.); den Kirchen und Klöstern, *L.* 1. *C. Th. De bon. cler.* (V, 3. *Theod. et Valent.* A. 434.) = *L.* 20. *C. De episc. et cler.* (I, 3.), vgl. *N.* 131. c. 13.; endlich den Arbeitern

in den kaiserlichen Waffenfabriken (*fabricenses*), *Nov. Theod.* Tit. 6. §. 3. f. *De bon. fabric.* (A. 438.) = *L.* 5. *C. De hered. decur.*

III. Noch wurde ein anderer Anspruch auf *Bona uacantia* anerkannt, welcher zwar demjenigen des Fiscus nachstehen, aber doch noch die Kraft haben sollte, die *Bonorum uenditio e clausula Si heres non extabit* (o. §. 202.) abzuwenden. Diese neue Rechtsbildung ging von einem Rescripte aus, welches Mark Aurel auf ein individuelles Gesuch dahin erliess:

Si Virginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in ea caussa bona esse coeperunt, ut ueniri debeant: is cuius de ea re notio est, aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatum, tam earum, quae directo, quam earum, quae per speciem fideicommissi relictae sunt, tuendarum gratia addicantur tibi, si idonee creditoribus caueris de solido, quod cuique debetur, soluendo. Et ii quidem, quibus directa libertas data est, perinde liberi erunt, ac si hereditas adita esset; ii autem, quos heres manumittere rogatus est, a te libertatem consequentur, ita ut, si non alia condicione uelis bona tibi addici, [quam ut] etiam qui directo libertatem acceperunt, tui liberti fiant, nam huic etiam uoluntati tuae, si ii, quorum de statu agitur, consentiant, auctoritatem nostram accommodamus. Et ne huius rescriptionis nostrae emolumentum alia ratione irritum fiat, si fiscus bona agnoscere uoluerit, et ii, qui rebus nostris attendunt, scient, commodo pecuniario praeferendam libertatis caussam, et ita bona cogenda, ut libertas iis salua sit, qui eam adipisci potuerunt, si hereditas ex testamento adita esset. §. 1. *I. h. t.* vgl. *L.* 50. §. 1. *De manu. te.* *L.* 15. *pr. C. De test. man.*

Daraus wurde zunächst die Regel gezogen:

Wenn der Erblasser im Testamente einem oder mehrern seiner Sclaven die Freiheit gegeben hat, dieses Testament aber destituirt wird, und auch kein Intestat-Erbe (mit Einschluss des Fiscus) eintritt, so darf jeder *Libertus* des Erblassers oder jeder Dritte und (kraft besonderer Declara-

tion von *D. Marcus* selbst, d. i. *L.* 50., auch jeder der im Testament freigelassenen Sclaven, *L.* 2. *De fid. lib. L.* 6. *C. De test. man.*, unter Leistung von Satisdation für volle Befriedigung sämmtlicher Erbschaftsgläubiger, sich bei dem Magistrat um Zusprechung der Erbschaft melden, und wird durch diese, ähnlich einem *bonorum possessor*, *heredis loco*; auch entsteht dadurch für alle übrigen in dem Testamente mit der Freiheit bedachten Sclaven die Freiheit, bezüglich der Anspruch auf Freilassung, eben so, als wenn die Erbschaft aus dem Testamente angetreten worden wäre.

Im weitern Verlaufe wurde dieses Recht sodann in folgendem Sinne theils ausgedehnt, theils näher bestimmt.

1) Die in einem Intestat-Codicill oder sonst irgend wie von Todeswegen gegebene Freiheit soll der testamentarischen gleich stehen, §. 8. *h. t.* *L.* 2. *De fid. lib.* d. i. *L.* 15. *pr. C.*; und die Verordnung kommt auch den fremden Sclaven zu gute, deren Freilassung dem Erben, §. 15. *ib.*, so wie auch den Sclaven, deren Freilassung einem Legatär, §. 16. *ib.*, aufgegeben ist. So weit reichte die in der *Const.* selbst gesetzte Analogie des geschehenen Erbschaftsantrittes; das aber lag über diese hinaus, wegen erfolgter *Addictio bonorum* auch den Sclaven die Freiheit zu gewähren, welchen diese *in fraudem creditorum* zugedacht war, und dieses Hinderniss vermochte auch der Einwand, die Creditoren seien ja gegen Schaden durch die Caution gedeckt, und der eingetretene Nachfolger möge es sich selbst zuschreiben, dass er die Zusprechung nach den Worten der *Const.*, ohne Ausnahme, also auf die Gewährung aller angeordneten Freilassungen hin, begehrt habe, — doch nicht ganz zu beseitigen, §. 19. *ib.* vgl. *L.* 57. *De manum. test. L.* 15. *Quae in fraud. cred.* Wegen der von dem Erblasser *inter vivos gesta* stand aber einem solchen Nachfolger die *Actio Pauliana* u. dgl. nicht zu, *L.* 10. §. 17. *eod.*, und dass ein Sclave von dem Erblasser unter Lebenden oder auf den Todesfall *in fraudem creditorum* die Freiheit erhalten hat, hindert ihn selbst dann nicht, die Zusprechung von dessen Verlassenschaft zu begehren, wenn sonst keine letztwilligen Freilassungen vorliegen, also die erste und wesentliche Bedingung solchen Antrages überhaupt bloss in seiner eignen Person sich erfüllt findet, §. 6. *h. t.*

2. So lange es ungewiss bleibt, ob *ex testamento* oder *ab intestato* ein Nachfolger eintrete, findet diese Zusprechung überall nicht statt, §. 4. *I. h. t.* *L.* 4 *pr. De fid. lib.*, doch geht das nicht so weit, dass auch die Frist der *in integrum restitutio* gegen geschehene Repudiation u. dgl. abgewartet werden müsste. §. 1. *ib.* §. 5. *h. t.* Auch wird die Zulässigkeit der *Addictio* dadurch nicht aufgehalten, dass etwa lauter *libertates sub condicione datae* vorliegen, vielmehr findet sie schon *pendente condicione* in der Meinung statt, dass *libertates directae pure datae* sogleich, *in diem* oder *sub condicione datae* aber bei dem Eintritte des *dies*, bez. der *condicio*, in Kraft treten, *d. L.* 4. §. 5. *De fid. lib.*

3. Die Caution für die Erbschaftsschulden in Capital und Zins, §. 11. *ib.*, ist durch Repromission, gedeckt (so weit die Gläubiger nicht darauf verzichten) durch Bürgen oder Pfänder, zu leisten, §. 8. *ib.*, und zwar für alle an Eine Person, welche sie in einer von dem Magistrat veranstalteten Versammlung zu wählen haben, §. 9. *ib.* Dass die Caution vor der *Addictio* gestellt werde, ist nicht erforderlich, sondern letztere kann vielmehr unter der Bedingung *Si omnia ex constitutione D. Marci facta sint* geschehen, §. 10. *ib.*

4. Der Nachfolger *ex addictione* gilt, ähnlich einem *bonorum possessor*, *heredis loco*, §. 6. *I. Per quas pers.*, und erlangt in dieser Eigenschaft selbst die *iura sepulcrorum* (*hereditariorum*), §. 21. *d. L.* 4. vgl. *L.* 12. §. 1. *Ad SC. Treb.* *L.* 6. *pr. De religiosis*. Ihm stehen daher die Erbschaftsklagen als *utiles* zu, wogegen man den Gläubigern gegen ihn eher directe Klagen aus seiner eignen *Repromissio* als die *utiles hereditariae* giebt, §. 22. *d. L.* 4. *L.* 3. *eod.* An ihn ist auch *condicionis implendae causa* zu entrichten, was zu geben oder dem Erben zu geben zur Bedingung einer Freilassung u. dgl. gestellt ist, *L.* 4. §. 6. *eod.* Die fideicommissarisch angeordneten Freilassungen hat er zu bewirken, §. 7. *ib.*, und bekommt über diese *Liberti* den Patronat in dem ordentlichen Grade eines *Manumissor ex fideicommisso* (o. §. 254. S. 230.), §. 14. *ib.* *L.* 15. §. 1. *De op. lib.*; dagegen die mit der Freiheit direct Bedachten werden, wie gewöhnlich, *Orcini* (o. §. 254. S. 229.), es wäre denn, dass der Impetrant sich den Patronat über sie ausdrücklich vorbehalten hätte, in

welchem Falle dieser Vorbehalt, wenn sie ihn angenommen und dadurch sich den Anspruch auf Freiheit salvirt haben, in der *Addictio* wörtlich begriffen wird, *d. L. 4. §. 12. f. De fid. lib.*, *d. §. 1. i. h. t.* — Und wenn endlich die *Addictio bonorum* an Mehrere geschehen ist, so tritt Erbgemeinschaft mit *A°. familiae herciscundae* ein; die *Liberti* werden gemeinsam, u. s. w. *d. L. 4. §. 23. De fid. lib.*, vgl. *L. 2. pr. Fa. her.*

5. Während es einerseits keinem Zweifel unterlag, dass das Anrecht des Fiscus auf *Bona vacantia* der *Addictio* vorging und sie, wenn er von jenem Gebrauch machte, ausschloss, *L. 50. pr. De man. te.*, so war doch die Zulässigkeit der *Addictio* weder an den Ablauf der Verjährung für den Fiscalanspruch (o. S. 278.) gebunden, noch durfte der Fiscus die in Folge seiner Ablehnung geschehene *Addictio* durch Willensänderung rückgängig machen. Nur wenn die Verzögerung der Agnition dadurch veranlasst war, dass die *Praefecti aerario* von dem Erbanfall nicht benachrichtigt waren, kann dieselbe, bei geeignetem Vermögensbestande, auch jetzt noch wirksam erfolgen, womit zwar die *Addictio* entkräftet wird, aber keiner in Folge derselben eingetretenen Freiheit Eintrag geschieht, *L. 4. §. 20. De fid. lib.* (vgl. o. S. 276.)

6. Ebenso verbleibt es bei aller eingetretenen Freiheit in den Fällen, wo nach geschehener *Addictio* ein Testaments- oder Intestaterbe gegen sein früheres Ausschlagen oder *Abstinere* die *In integrum restitutio* erlangt, und demzufolge durch Antretung u. dgl. die Erbschaft erworben oder durch *Immiscere* sein Erbrecht zu einem wirksamen belebt hat, §. 2. *ib.*, *L. 50. §. 1. De man. te.* Und umgekehrt würde ohne Zweifel die *Addictio* in ihrer Reihenfolge hinter dem Fiscus zulässig, wenn die Erbschaft dadurch *vacans* geworden war, dass der eingetretene Erbe gegen die Antretung *In integrum restitutio* erhielt oder als *necessarius* sich abstinirte, zumal nach besondern Rescripten in solchen Fällen bei insolventer Erbschaft ein *necessarius substitutus*, nach *L. 7. §. 10. De minoribus*, *singulari iure* sogar Erbe werden sollte, was *a potiori* (neben der Analogie der Fiscal-Succession, o. S. 277. f., vgl. auch u. B. *L. 6. §. 3. De bo. lib.*) auf obigen Satz schliessen lässt.

7. Durch *L.* 15. *C. De testam. manum.* (VII, 2) verordnete Justinian

a) zur Entscheidung älterer Controversen:

α) Wenn die *Bonorum venditio* (zu deren Vermeidung sonst die *Addictio e Const. D. Marci* bestimmt war) bereits stattgefunden hatte, so war durch ein Rescript von *D. Severus* die *Addictio* ausgeschlossen worden, wogegen *Ulpian* sich dahin geneigt haben soll, dieselbe auch jetzt noch binnen eines Jahres zuzulassen und damit die *Bonorum venditio* rückgängig zu machen. Letztere Ansicht wird bestätigt, *pr. d. L.* 15.

β) Es soll der *Addictio* niemals hinderlich sein, wenn der Implorant, unter Uebernahme aller Freilassungen, die Erbschaftsschulden zufolge eines von allen einzelnen Gläubigern freiwillig angenommenen Accordes nicht ganz, sondern nur zu einem bestimmten Theile übernimmt und versichert, §. 1. *ibid.* (vgl. d. §. 316. a. E.)

γ) Wie wenn von den mit *directa libertas* bedachten Sclaven einzelne sich in den *Const. D. Marci* verlangten Consens, *Libertis* des oder des Imploranten zu werden, verweigerten? Unter den classischen Juristen scheint hier der Satz geltend gemacht worden zu sein, dass ein Sclave die *Romana libertas* (*cum civitate*) nicht ausschlagen könne, woraus man dann folgern möchte, dass jene Weigerung des Einzelnen nicht als eine Willenserklärung gegen die ihm zugedachte Freiheit, sondern nur als ein thatsächlicher Mangel in der durch die *Const. D. Marci* festgesetzten Bedingung für die Freiheit Aller, und demgemäss als ein Hinderniss für diese, vielleicht folgeweise sogar für die ganze Zulässigkeit der *Addictio*, in Betrachtung kommen könne. Diesen Scrupel hebt *Justinian*, indem er der Weigerung eines Jeden blos Wirksamkeit gegen ihn selbst beimisst, §. 2. *ibid.*

δ) Wenn der Implorant sich nicht zur Gewährung der Freiheit für alle damit bedachten Sclaven, sondern nur für eine bestimmte Zahl derselben anheischig gemacht hat, so soll man sich damit begnügen, so weit der Werth der übrigen noch ausser den sonstigen Erbschaftsactiven zur übernommenen Tilgung der Schulden erforderlich ist, §. 3. *ibid.*

b) Zur Ergänzung des gesammten Institutes:

Wenn Mehrere sich zur *Addictio* gleichzeitig melden, so wird sie ihnen gemeinsam zu Theil (o. S. 238.); wenn ungleichzeitig, so gibt die frühere Meldung den Vorzug, es wäre denn, dass der Vorgehende es an der Caution fehlen liesse, oder die *Libertates* nur unvollständig zu gewähren anböte, in welchem Falle je der Nachgehende, welcher gehörige Caution und die vollere Gewährung der *Libertates* anbietet, wieder nach der Zeitfolge der Meldungen, vorgezogen werden soll. Solche Nachmeldungen sind innerhalb eines Jahres von der ersten Meldung an zulässig, und werden binnen dieser Frist auch dadurch nicht ausgeschlossen, dass auf eine frühere Meldung die *Addictio* bereits erfolgt wäre; nur dass die neue *Addictio* und die daherige Uebertragung der Erbschaft keiner bereits verwirklichten *Libertas* Eintrag thun darf, §§. 4—6. *ibid.*

Ueber die Litteratur der *Bona vacantia*, insbesondere das Recht des Fiscus betreffend, s. *Heimbach* in *Weiske's* Rechtslexikon, Bd. III, S. 999., wo vorzüglich zu beachten sind *Schmidt de successione fisci in bona vacantia*, *Ienae* 1836. 8., *Schroeter* in d. Zeitschr. f. C. R. u. Proc. X, 3. und deren Rec. in *Richters* Jahrb. I, S. 309. ff.

§. 302. Beerbung der Freigelassenen nach Ius civile.

Adde: *Ulp.* XXVII. XXIX, 1. 5., *Paul.* III, 2. *Tit. I. De leg. patro. tut.*, dazu *Theoph.*

Nach den XII. Tafeln wich die Beerbung der *Libertini* von derjenigen der *Ingenui* nur in der Intestat-Succession ab; namentlich hat ihr Testament dieselbe Geltung und steht unter denselben Regeln.

Ab intestato gehen also auch hier voran die *Sui*, *Gai.* III, 40. *Ulp.* XXVII, 1. Agnaten dagegen kann der *Libertinus* keine haben, *Theoph. l.* und zu *pr. I. h. t.* So steht hier in der zweiten Klasse, nach ausdrücklicher Vorschrift der XII. Tafeln, *Patronus* oder *Patrona*, hinter ihnen *Filius*, *Filia* (*sui*) des *Patronus* u. s. w., *Coll. LL. Mos. et Ro.*

XVI, 8, 2. *Gai.* III. 58. 46. *Ulp.* XXIX. 1. 2. 5. 6. XXVII, 1. *Theoph.* pr. *I.* „Ἐὰν ἀπελεύθερος ἢ ἀπελευθέρα ἄπαιδες καὶ ἀδιάθετοι τελευτήσωσιν, τὴν τούτων κληρονομίαν οἱ πάτρωνες ἔχουν, οἱ παῖδες τῶν πατρώνων διαδέχονται." (Vgl. auch *L.* 4. §. 21. *C. De bo. libert.*: ἡ οὖν παλαιὰ ὑπόχρεωσις καὶ παρατήρησις, ὅτι ἐπλαττόμεθα τὴν θυγατέρα τοῦ πάτρωνος υἱὸν πάτρωνος εἶναι, ἀνῃρεῖσθω· σήμερον γάρ καὶ αὐτὴ καλεῖται πρὸς τὴν κληρονομίαν, *Vat. Fr.* §. 308. *L.* 195. §. 1. *De V. S.*, dazu aber *Huschke* Studien S. 33. 44.). Mehrere Patrone concurriren zur Erbschaft; ein Patron geht den Kindern eines andern vor, u. s. w. *Ulp.* XXVII, 2. 3., und Kinder verschiedener *Patroni* theilen nach Köpfen, *ib.* 4. *Paul.* III, 2, 1. 3. Bei den Kindern des *Patronus* u. s. w. macht das Geschlecht keinen Unterschied, *Ulp.* XXIX, 5.

Bei einer *Libertina* war also der Patron u. s. w. immer der nächste Intestaterbe, weil sie keine *Sui* haben kann; zugleich auch insofern Notherbe, als sie ohne seine *Auctoritas* kein Testament machen konnte (o. §. 266. g. E.).

Nach dem Patron u. s. w. erbte erwiesener Maassen die *Gens*, *Cic. de Or.* I, 39. „*quum Marcelli ab liberti filio stirpe, Claudii patricii eiusdem nominis hereditatem gente ad se rediisse dicerent*", und muthmasslich vor der *Gens* die *Agnati patroni seu patronae* (vgl. *L.* 195. §. 1. *De V. S.* mit *Coll. LL. Mos et Ro.* XVI, 9, 1. A. M. *Huschke* Studien S. 96. u. *Unterholzner i. l.*), so dass nach dem Rechte, welches sich durch die Interpretation der XII Tafeln bildete, wohl auf die *Sui* des *Libertus* und den *Patronus*, *patrona* die sämmtlichen Intestat-Erbklassen von diesen selbst der Reihe nach folgten.

War der Patron selbst *Libertinus*, so traten wohl an die Stelle der Agnaten dessen *Patronus*, *patrona*, eventuell die *Sui* des *Patronus*, und war er ein emancipirtes Kind, der *Manumissor* — *parens* oder *extraneus*.

Sicher ist, dass jegliche *Capitis deminutio* alle diese patronatischen Erbrechte aufhob, *Gai.* III, 51. *Ulp.* XXVII, 5. vgl. *L.* 4. *De suis et leg.*

Wie übrigens der Patronat sich ursprünglich auf beiden Seiten vererbte (o. §. 253.), dann eine Zeit lang wenigstens auf die ersten Descendenten des *Libertus* überging, *Sueton.*

in Chru. 24.), so ohne Zweifel auch das patronatische Intestat-Erbrecht, *Cic. de Or. l.*

---

§. 310. Die Eröffnung des Testamentes.

Paul. IV, 6. *De uicesima. Titt. ff. et C. Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur* (XXIX, 3. VI, 32.)

So lange der Testator am Leben ist, wird das Testament als sein Geheimniss betrachtet (o. S. 144.), und wer es eröffnet, verliest, entsiegelt, der verfällt, neben privatrechtlicher Verantwortlichkeit, *L.* 41. *Ad L. Aq. L.* 1. §. 38. *Depos.*, in die Strafe der *Lex Cornelia de falsis*, *L.* 1. §. 5. *De L. Corn. de fal. L.* 38. §. 7. *De poenis.* Sobald aber der Testator gestorben ist, hat jeder Interessirte ein Recht auf Kenntniss des letzten Willens, *L.* 2. *pr. h. t. L.* 3. §. 10. *De tab. exh.*

Ueber die Art und Form der Eröffnung der Testamente scheint es in der ältern Zeit keine positiven Vorschriften gegeben zu haben. Die *Lex Iulia de uicesima hereditatum* v. J. 759. (R. G. §. 161.) verordnete aber im fiscalischen Interesse, dass die Testamente sogleich nach dem Tode des Erblassers und vor dem Magistrat eröffnet werden sollten, und es erfolgten darüber weiterhin verschiedene Rescripte, *Paul. l.* §. 3., woraus denn, zusammen genommen mit manchem, was schon die ältere Sitte mit sich bringen mochte, in der classischen Zeit folgendes Recht erwachsen ist.

Das Testament soll von Anwesenden binnen drei oder fünf Tagen nach dem Tode des Erblassers eröffnet werden, welche Frist für Abwesende von dem Tage ihrer Rückkehr an läuft, *Paul. l.* Zu diesem Behufe ist eine Anmeldung bei dem Magistrat erforderlich, welcher sofort die am Orte anwesenden *Signatores* (o. §. 276.) zu der Recognition ihrer Siegel zusammen ruft, *L.* 4. ff. vgl. *LL.* 1. 4. *C. h. t. L.* 3. §. 9. *De tab. exh.* Wenn wenigstens die Mehrzahl derselben erscheint und über ihre Siegel sich erklärt, so ist das Testament zu erbrechen, vorzulesen und davon Abschrift zu fertigen, *L.* 6. *ff. h. t.*; *Paul.* III, 5. 17., was auch durch die Diffession ein

seiner *Signatores*, wiewohl diese das Testament in Verdacht bringen kann, nicht gehindert wird, *L.* 1. §. 2. *eod.* Unter den ausgebliebenen *Signatores* werden die am Orte anwesenden *imperio magistratus* zum Erscheinen angehalten, *d. L.* 3. §. 9. *De tab. exh.*, den abwesenden dagegen wird das Testament zur Abgabe ihrer Erklärung zugeschickt. Letzteres geschieht in der Regel dann vor der Eröffnung, wenn die mehrern oder alle *Signatores* abwesend sind, doch ausnahmsweise auch in diesem Falle nach derselben, sofern besonderer Grund für die Beschleunigung der Eröffnung vorliegt. Diese geht dann unter Zuziehung anderer, wohlbeleumdeter Männer (*optimae opinionis viri, honesti viri*) voran, welche das Testament, nach geschehener Vorlesung und gezogener Abschrift, selbst wieder ausiegeln, damit es nunmehr den abwesenden *Signatores* zur Recognition zugesandt werde, *L.* 7. *ff. L.* 2. *C. h. t.* Diese Wiederbesiegelung geschieht im ordentlichen Falle durch die erschienenen *Signatores* selbst und in allen Fällen durch den Magistrat, in dessen Archiv schliesslich das Testament niedergelegt wird. *Paul. l.* §. 2. Die Tageszeit für die Eröffnung und Verlesung ist die Zeit zwischen der zweiten und zehnten Tagesstunde, *Paul. d. l.* §. 3. *Testamenta in municipiis, coloniis, oppidis, praefectura, vico, castello, conciliabulo facta in foro vel basilica praesentibus testibus vel honestis viris inter horam secundam et decimam diei recitari debebunt, exemploque sublato ab iisdem rursus magistratibus obsignari, quorum praesentia constat aperta.* Vgl. *Sueton. in Tib.* 23. *Illatum deinde Augusti testamentum, non admissis signatoribus nisi Senatorii ordinis, caeteris extra Curiam signa agnoscentibus, recitavit per libertum. Id. in Octav.* 101.

Die *secundae tabulae*, wenn sie besonders versiegelt sind, lässt der Magistrat, wenn auch keine besondere Ueberschrift die Eröffnung verbietet, doch ohne besondere Gründe und darauf gerichtete *Causae cognitio* nicht eröffnen, *L.* 8. *h. t.* (o. §. 28[illegible].), obwohl sie sonst, gleich Codicillen, als Theil des Testamentes gelten, *L.* 11. *h. t.* Als ein solcher besonderer Grund wird das Verhältniss einer *mulier ventris nomine in possessionem missa* (u. §. 826.) erwähnt, weil man

in diesem Falle aus den *secundis tabulis* erfahren müsse, wenn die *cura ventris* übertragen sei, *L.* 9. *h. t.* Auch für Codicille kann die Eröffnung zufolge besonderer Vorschrift des Testator verschoben werden, *L.* 89. §. 7. *De leg.* 2º Seit das Recht der *Leges Iulia et Papia Poppaea* (u. §. 346. R. G. §. 161.) die ordentliche Transmission der Vermächtnisse (*dies cedens,* u. §. 333.) von dem Todestage des Erblassers auf den Zeitpunkt der Testamentseröffnung verlegt hatte, *Ulp.* XXIV, 31., wurde es nicht bloss wichtig, die letztere nach Wesen und Erfordernissen genau zu bestimmen, wie denn z. B. eigens gesagt wird, dass es auf die Eröffnung des Originals, nicht der Copie ankomme, *L.* 12. *h. t.*, dass aber unter mehrern Original-Urkunden die Eröffnung von einer genüge, *L.* 10. *pr. eod.*, und dass ein von selbst geöffnetes Testament so weit auch für eröffnet gelte, §. 1. *ib.*; sondern es war jetzt für die beförderliche Eröffnung auch ein wesentliches Privat-Interesse in der Person der Legatare u. dgl. gegeben, *Paul.* *l.* §. 3. a. E., und es würde für sie ausserordentliche Hülfe des Magistrats in allen den Fällen unentbehrlich, wo die Testamentsurkunde zerstört oder abhanden gekommen war, und derwegen der Act der Testaments-Eröffnung gar nicht oder nur verspätet vor sich gehen konnte, *L.* 10. §. 2. *h. t.*

Auf die beschriebene Eröffnung zu dringen, so wie auch das eröffnete Testament, mit Ausnahme des Datum, *L.* 2. §. 6. *h. t.*, und solchen Theiles, welcher für jemanden Schimpf enthält, *L.* 3. *C. h. t.* (*ad ignominiam alicuius pertinere dicitur*) einzusehen und Abschrift davon zu nehmen, dazu ist Jeder, ohne sich über sein Interesse weiter als durch *iusiurandum calumniae* ausweisen zu dürfen, *L.* 3. *C. h. t.*, vgl. *L.* 8. §. 10. *De tab. exh.*, sowohl in eignem als in fremdem Namen berechtigt, *L.* 1. *pr.* §. 1. *L.* 2. §. 5. vgl. *L.* 3. §. 8. *De tab. exh.*, und das Testament wird in dieser Beziehung, unbeschadet des Eigenthums daran, gleichsam als eine öffentliche Urkunde angesehen, *L.* 2. *pr.* vgl. *L.* 3. *L.* 5. *h. t.* *L.* 2. §. 5. *De tab. exh.* Dass das Testament *falsum, iniustum, irritum, ruptum, imperfectum* ist oder als solches angegriffen wird, schliesst jene Berechtigung nicht aus, *L.* 2. §. 1. *h. t.* *L.* 1. §. 3. ff. *De tab. exh.* Dieselbe erstreckt sich auch auf

alles, was *ad causam testamenti pertinet*, d. h. was den letzten Willen mit auszudrücken bestimmt ist, woraus auch die desfallsige Urkunde, nach ihrem Stoffe u. s. w., bestehen möge, *L.* 2. §. 2. *h. t. L.* 1. §. 2. *L.* 3. §. 1. *De tab. exh.* Ebenso auf eine etwaige Mehrheit von Testamenten, *L.* 2. §. 3. *h. t.* Werden gegen den Tod des Testator Zweifel erhoben, so hat der Magistrat *caussa cognita* die Einsicht zu gestatten oder abzuschlagen, letzteres natürlich immer, wenn das Leben zur Gewissheit gebracht ist, §. 4. *ib. L.* 1. §. 10. *De tab. exh.*

Befindet sich das Testament, eröffnet oder uneröffnet, in Privatbesitz, so darf Exhibition desselben verlangt werden, doch ist für dieselbe auf Verlangen eine Frist vom Magistrat zu gestatten, *L.* 2. §. 7. *h. t. L.* 1. §. 1. *De tab. exh.* Des weitern aber wird der geständige Besitzer zur Exhibition *imperio magistratus* angehalten, wenn er nicht erhebliche Weigerungsgründe anführt, in welchem Falle, gleich wie bei geläugnetem Besitze, das *Interdictum de tabulis exhibendis* behufs Austrags der Sache gegen ihn stattfindet, *L.* 2. §. 8. *h. t.*, *d. L.* 1. §. 1. *De tab. exh.*

Dieses Interdict lautete nach *pr. ib.* wörtlich so:

Quas tabulas L. Titius ad caussam testamenti sui pertinentes reliquisse dicetur, si hae penes te sunt, aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas.

Daneben verheisst der Praetor, nöthigenfalls auch einen hinterlassenen *libellus* u. dgl. in das Interdict *utiliter* mit aufzunehmen.

Aus diesem Interdict geht die *secutoria* und die *arbitraria actio* (*Keller C. Pr.* §. 74. a. E. u. §. 76.) auf das Interesse des Klägers (*quanti ea res est*), *L.* 3. §. 11. *eod.*, welches bei einem Erben oder Legatar den ganzen Betrag der Erbschaft bez. des Legats umfassen kann, §. 12. f. *ib.*, und mit dessen concretem Nachweis es als bei einem *poena contumaciae* wenig genau genommen wird, §. 14 *ib.*, wie denn dem Kläger nach erlangter *Litis aestimatio* ganz unbenommen bleibt, von einem andern Beklagten noch das Legat oder die Erbschaft selbst einzuklagen, indem nur dem Beklagten des Interdicts selbst gegen solche weitere Klage eine *Exc. doli* gewährt wurde, §. 15. *ib.* Das Interdict ist *perp*

petitum, §. 16. *ib.*, und vererbt sich activ, §. 17. ib. Wenn das Testament sich bei einem Pupill befindet, so geht *ex dolo tutoris* das Interdict gegen den Tutor, *L. 4. eod.* Und das Interdict findet ausnahmsweise gar nicht statt, wenn der Process über das Erbrecht selbst von dem Testament abhängt oder wenn über dieses ein *publicum iudicium* schwebt, *L. 5. eod.*; das aber schliesst das Interdict nicht aus, dass möglicher Weise in dem Benehmen des Beklagten auch das Object eines *publicum iudicium*, z. B. *e lege Cornelia de falsis*, liegen kann, *L. 3. §. 6. eod. L. 4. De pu. iud.*

Daraus übrigens, dass die obgedachten *Actiones ex interdicto* nur bei irgend welchem Interesse des Klägers einen materiellen Erfolg haben können, erklärt es sich wohl, wenn bei Angabe der Voraussetzungen des Interdictes etwas engere Ausdrücke vorkommen (*L. 3. §. 10. De tab. exh.: solent exhiberi tabulas desiderare omnes omnino, qui quid in testamento adscriptum habent*; vgl. *L. un. C. eod.*), als dies in der Formel des Interdictes selbst und oben bei dem Verlangen der Testamentseröffnung der Fall war.

Von dem oben dargestellten Rechte der *Lex Iulia vicesimaria*, so weit dasselbe den Zeitpunkt der Testamentseröffnung betrifft, wurde bald eine Ausnahme begründet für den besondern Fall, da der Erblasser gewaltsam ermordet worden war.

Nach dem *SC. Silanianum*, an welches sich die *SCC. Claudianum* (*Rubr. Tit. De SC. Sil.*), *Neronianum* (*Paul.* III, 5, 5.) und *Pisonianum* (*L. 8. pr. De SC. Sil.*) anschlossen (R. G. §. 174.), sollten nämlich alle Sclaven des Ermordeten (auch diejenigen seiner Frau u. s. w.), welche sich zur Zeit der That unter demselben Dache befanden, zur peinlichen Untersuchung gezogen und, sofern sie nicht, sowohl an der That selbst als auch an dem Vergehen unterlassener Hülfsleistung gegen denselben, unschuldig befunden waren, hingerichtet werden, *L. 1. pr. §§. 21. 26. De SC. Sil. Paul. l. l. §§. 3. 5. 6. 11.* vgl. *L. 1. pr. De off. et cur. mand. Tac. A.* XIV, 42. ff. (A. 814.)

Um dieser Massregel ihre volle Ausführung zu sichern, insbesondere auch die Sclaven, welchen durch den letzten Willen die Freiheit zugedacht war, unter derselben festzu-

halten, und der Anwendung auf die durch vorzeitiges Eintreten der Freiheit kein Hinderniss erwachsen zu lassen; verbot das *SC.* die Eröffnung des Testamentes vor der Vollziehung seiner obigen Vorschrift, bei Strafe der ereptorischen Confiscation der Erbschaft oder des Erbtheils (u. §. 347.) gegen den fehlbaren Erben, und unter Anordnung einer strafrechtlichen Cognition gegen jeden Uebertreter, welche nach einem weitern *SC.* v. J. 764. binnen 5 Jahren, gegen diejenigen Personen, welche zum Erblasser in den Verwandtschaftsgraden des *parricidium* ständen, *L.* 1. *pr. De L. Pompei.* ohne Verjährung sollte erhoben werden können, *L.* 13. vgl. *LL.* 4. 5. §. 2. *L.* 8. §. 1. *LL.* 9. 15. 27. *L.* 3. §. 30. f. *De SC. Sil.* *L.* 3. *C. De his qui ut ind.* u. *ll. i. l.*

Demnächst verordnete im Sinne der Vollziehung des oder der *SCC.* noch ein besonderes Edict des *Praetor:*

1. Dass vor Vollendung der gedachten Procedur keine letztwillige Urkunde des Ermordeten eröffnet werden, *L.* 3. §. 18. *De SC. Silan.* (*quod ad caussam testamenti pertinens relictum erit ab eo, qui occisus esse dicetur, id ne quis sciens dolo malo aperiendum, recitandum describendumque curet ... priusquam de ea familia quaestio ex SCto habita suppliciumque de noxiis sumtum fuerit,* vgl. §. *seqq.*), und dass vorher niemand *ex testamento* oder *ab intestato* die Erbschaft antreten oder sich als *necessarius* immisciren oder sich zur *Bonorum possessio* melden dürfe, §. 29. *ib.* *L.* 5. *pr.* §. 1. *ead.* *Paul.* III, 5. *l.* 10.

2. Wer letztwillige Urkunden früher eröffne oder sonst dem Edict zuwider handle, solle in eine Strafe von 100 Aurei (*Paulus l.* §. 10. *in centum millia HS. poena irrogatur*) verfallen, wofür eine *A. popularis* stattfinde, mit *praemium partis dimidiae* für den Kläger, *L.* 25. §. 2. *De SC. Silan.*

Endlich traf eine Constitution für die Fälle Vorsorge, wo jemand durch die gebotene Verzögerung der Antretung oder der Testamentseröffnung, und einzig durch diese, an seiner Delation (geschehener oder ungeschehener) Schaden genommen hatte, indem er vor der möglichen Antretung gestorben war oder aus Unkenntniss des Testamentsinhaltes die Zeit einer ihm gesetzten Bedingung versäumt hatte, u. dgl.; und gewährte dem Bedachten bezüglich seinen Erben

je nach Bedürfniss das *Auxilium Praetoris*, so dass z. B. im letztern Falle die verlorne Zeit restituirt, im erstern alles so geordnet werden konnte (mittelst *utiles actiones ex decreto magistratus*), als ob der verstorbene Delat die *Bonorum possessio* noch agnoscirt hätte, u. s. w., *L.* 3. §§. 30–32. *L.* 4. *De SC. Sil.*: welches letztere zu den Anfängen der später viel weiter greifenden Transmissionen (u. §. 314.) gehört.

Justinian hat das Recht des *SC. Silanianum* beibehalten; dagegen sind jene aus der *Lex Iulia de uicesima hereditatum* geflossenen Zeitbestimmungen für die Testamentseröffnung mit der Steuer selbst ausser Kraft getreten, *L.* *fi. C. De ed. D. Hadr. toll.* (VI, 33.).

---

§. 314. Transmission und Cession der deferirten Erbschaft. *Adde:* *Ulp.* XIX, 12—15.

Die Delation einer Erbschaft, gleich viel aus welchem Grunde sie geschehe, ist etwas rein persönliches für den Delaten; sie gibt ihm auch kein wirkliches Vermögensrecht, sondern die blosse Möglichkeit eines Rechtserwerbs. Wenn er daher stirbt oder sonst wegfällt, ehe er diese Möglichkeit in eine Wirklichkeit verwandelt hat, so verschwindet die Delation wieder, und es bleibt davon namentlich für den Erben des Delaten keinerlei Wirkung übrig, *L.* 7. *C. De iur. delib.* *L.* 4. *C. Qui admitti* (VI, 9.). *L. un.* §. 5. *De cad. toll.*

Eben so wenig kann der Delat sein blosses Delationsrecht auf einen Singular-Successor übertragen; doch galt im classischen Recht hiefür eine Ausnahme bei der deferirten *legitima hereditas*, indem diese (nicht auch die testamentarische) vor der Antretung von dem Delaten an einen Andern *in iure* cedirt werden konnte, mit derselben Wirkung, als ob die Erbschaft von Anfang an dem Cessionar deferirt worden wäre. Geschieht dagegen solche *In iure cessio* nach der Antretung, gleich viel ob *ab intestato* oder *ex testamento*, so bewirkt sie zwar Uebergang des Eigenthums an den einzelnen Erbschaftssachen, daneben aber zugleich Un-

tergang der Erbschaftsforderungen, während die Erbschaftsschulden nebst der überhaupt unzerstörlichen Erben-Qualität (u. §. 316.) auf dem Cedenten sitzen bleiben. Und wie die *In iure cessio* nach der Antretung bei dem *extraneus heres* wirkte, so zufolge der Meinung der Proculianer auch bei dem *necessarius*, nachdem er ohne Antretung *ipso iure* Erbe geworden; wogegen die Sabinianer die *In iure cessio* des *necessarius heres* für nichtig hielten. (Ueber die nahe stehende andere Controverse, betreffend die *Pro herede usucapio*, s. oben §. 274. §. 253. und über den Erbschaftsverkauf im Ganzen: unten §. 326.*). Dass übrigens die vor der Antretung geschehene *In iure cessio* des testamentarischen Delaten einfach ungültig sei, darüber war man einig. Vgl. über alles dieses *Gai.* u. *Ulp. l.* u. *L.* 4. §. 28. *De dol. exc.*

Aber auch eine Art von Vererbung der Delation wurde ausnahmsweise zugelassen in gewissen Fällen, wo der Delat ohne seine Schuld sich in der Unmöglichkeit befunden hatte, die Erbschaft anzutreten, und dann während dieser Unmöglichkeit gestorben war.

Ein Beispiel dieser Art ist bereits o. §. 310. a. E. bei Anlass des *SC. Silanianum* vorgekommen.

Ein anderes bietet folgender Fall: Ein *postumus* ist präterirt, jemand, der *inter liberos est*, z. B. ein emancipirtes Kind (o. §. 299.), ist eingesetzt; der Erblasser stirbt, ehe sich die Geburt des *postumus* entschieden hat, vor welcher Entscheidung eine Antretung nicht möglich ist: so soll der *heres scriptus* nicht allein schon vor dieser Entscheidung *tanquam commisso per alium edicto* die *bonorum possessio contra tabulas* erlangen können, sondern selbst wenn er ohne diese stirbt, so wird eventuell durch ein Decret des Magistrates seinen Erben der Vortheil erlangter *bonorum possessio*, und zwar *contra* oder *secundum tabulas* (je nachdem ein Kind zur Welt gekommen ist oder nicht), erhalten. *L.* 4. §. 3. *L.* 5. *De b. p. co. ta.* Vgl. auch noch *L.* 84. *De A. v. O. H.*

Weiter: Ein Pupill ist präterirt oder *ab intestato* vorhanden, dessen *Status* vom *heres scriptus* oder *legitimus* bestritten wird. Bis zum Austrag dieses Streites, können diese weder antreten noch auch nur *bonorum possessio secundum tabulas* bezüglich *intestati* erlangen; wenn sie ver-

her sterben, so soll ihren Erben auf vorgedachte Weise geholfen werden, *L. 12. De Carb. ed.*

Ebenso den Erben der *filia patroni* bei Beerbung des *libertus*, welcher diese zur Erbinn eingesetzt hat, wenn das Testament als falsch angefochten worden und sie vor der Entscheidung gestorben ist, *L. 6. §. 1. L. 42. §. 3. De bon. lib.*

Oder wenn eine Mutter stirbt, deren *Status* (ob *materfamilias* oder *filiafamilias*, — etwa weil ihr Vater sich in Kriegsgefangenschaft befindet) ungewiss ist, so soll ihren Kindern, welche *ex SCto Orphitiano* erben möchten und bis zur Hebung jener Ungewissheit nicht können, durch Decret so geholfen werden, dass, wenn sie vorher stürben, eventuell die Transmission auf ihre Erben stattfände, *L. 1. §. 1. De SC. Tertull.*

In weiterm Umfange und als ordentliche Regel für eine ganze Klasse von Testamentserben führte zuerst *Theodos II.* i. J. 450 eine Transmission des Delationsrechtes, laut *L. un. C. De his qui ante ap. tab.* (VI, 52.), folgender Maassen ein: Jegliche Descendenten, welche von einem Ascendenten irgend wie zu Erben eingesetzt sind, sollen, wenn sie vor Eröffnung des Testamentes sterben, gleich viel ob sie von der Erbeinsetzung wussten oder nicht, ihre Delation auf ihre eignen Descendenten transmittiren; so dass diese nun die Erbschaft oder den Erbtheil nach eignem Ermessen antreten oder ausschlagen mögen. (Dasselbe solle auch für Vermächtnisse gelten.)

Bei Erlassung dieses Gesetzes schwebte das Recht der *Leges Iulia et Papia Poppaea* vor, demzufolge kein *heres ex parte* die Erbschaft vor Eröffnung des Testamentes antreten durfte, und der Erbtheil, wenn der Delat vor diesem Zeitpunkte starb, *caducum* sein sollte, *Ulp.* XVII, 1. *L. 3. C. De iur. delib. L. 1. §. 4. De iur. et fact. ign.* Wenn nun Justinian einerseits dieses Recht aufhob, *L. un. §§. 1. 5. De cad. toll.* (VI, 51. A°. 534.), andererseits aber das erwähnte Gesetz von *Theodosius* nicht allein in den *Codex* aufnahm, sondern in *d.* §. 5. auch ausdrücklich bestätigte: so erklärt sich dies daraus, dass, was vor Justinian eine gesetzliche Unmöglichkeit war, nämlich die Antretung von Seite des *ex parte institutus* vor Eröffnung des Testamentes, auch nach Justi-

nian und seiner Aufhebung der *Leges Iulia et Papia Poppaea* nur selten und zufällig eine factische Möglichkeit sein konnte, und zwar sowohl für den *heres ex asse* wie für denjenigen *ex parte*, weil beide vor Eröffnung des Testamentes gewöhnlich nicht genau wissen werden, dass und wie sie zu Erben eingesetzt sind, wogegen von der Testamentseröffnung an für sie dieses Hinderniss der Antretung wegfällt. So besteht diese s. g. *Transmissio Theodosiana* für alle zu Erben eingesetzten Descendenten, welche vor Eröffnung des Testamentes versterben, fort, und zwar jetzt ohne Unterschied zwischen *ex asse* oder *ex parte scriptus*.

Sodann hatten schon i. J. 426. die Kaiser *Theodos* und *Valentinian*, *L.* 18. *C. De iur. delib.*, folgendes verordnet:

a) Wenn einem *Infans* unter väterlicher Gewalt eine Erbschaft deferirt wird, so kann der Inhaber der *potestas* im Namen des Kindes sie antreten, und wenn, ehe er dieses gethan, das Kind als *infans* stirbt, so soll es gehalten werden, als wenn er so angetreten und also die Erbschaft *iure patrio* erworben hätte.

b) Wenn dagegen vor oder nach der Delation an das Kind der Vater stirbt, so kann der Tutor für jenes antreten; wogegen

c) in diesem Falle die ganze Delation zerfällt, wenn der Tutor die Antretung unterlässt oder das Kind keinen Tutor hat, und darüber als *infans* wegstirbt.

d) Stirbt endlich das Kind als *infantia maior*, so verbleibt es beim alten Recht, welchem gemäss die Delation zerfällt, wenn nicht der Unmündige selbst, mit Zustimmung des Vaters bezüglich *tutore auctore*, die Antretung bewirkt hat.

Von diesen Bestimmungen begründet die erste (*litt.* a.) die s. g. *Transmissio ex capite infantiae*, welche aber insofern auch nicht eine eigentliche Transmission der Delation auf den Erben des Delaten ausmacht, als nach classischem Recht der Vater seinem Kinde *in potestate* ja nicht als Erbe succedirt. Erst nach dem spätern Rechte der Peculien (s. §. 228.) und der Beerbung der Kinder in väterlicher Gewalt (s. §. 294. f.) nahm dieses Recht jene Gestalt an, indem aus obiger Vorschrift, es solle bei der Antretung durch den Vater nach dem Tode des Kindes alles so gehalten werden,

als wenn er bei dessen Leben und in dessen Namen angetreten hätte, jetzt von selbst folgt, dass die Erbschaft gleichsam dem Kinde selbst erworben wurde, also bei dessen Tode das Schicksal der gesammten Erbschaft des Kindes, in welche sie gefallen ist, theilen, und demgemäss an dieselben Personen wie diese, nach Proprietät und Niessbrauch, gelangen muss.

Von einem andern Gesichtspunkte aus und noch viel weiter, als alle bisherigen Transmissionsfälle reichen, ging *Iustinian*, indem er durch *L.* 19. *C. De iur. delib.* (A°. 529.), unter Berufung auf ältere Gesetze und besonders auf die *Quaestiones* von *Paullus*, wo sich schon ein Keim seines (des Kaisers) Gedankens finde (darin bestehend: *filiosfamilias, paternam hereditatem deliberantes, posse et in suam posteritatem hanc transmittere; et aliis quibusdam adiectis, quae in huiusmodi personis praecipua sunt*), so verordnete:

Wenn der Delat irgend einer Erbschaft (*ab intestato* oder *ex testamento*, und gleich viel woher sie komme) stirbt, ehe er sich über Erwerb oder Ausschlagung erklärt hat, und wenn zur Zeit seines Todes noch kein Jahr abgelaufen ist, seit er die Delation erfahren hat: so soll seinem (des Delaten) Erben der Rest dieses Jahres zu gute kommen, so dass er während desselben durch eigne Antretung jene Erbschaft erwerben kann, sonst aber nach Abfluss des Jahres so behandelt wird, als wenn er oder der Delat selbst die Erbschaft ausgeschlagen hätte. Hat aber der Delat den Anfall zeitlebens gar nicht erfahren, so versteht sich, dass das ganze Jahr seinem Erben zu gute kommt, und dass dasselbe von dem Tode des Delaten zu laufen anfängt.

Das ist die s. g. *Transmissio Iustinianea.*

Für das endliche Verhältniss zwischen dieser und der vorher erwähnten *Transmissio ex capite infantiae* ist die *Nov.* 158. *d.* 14. *Iul.* 545. (wiewohl nicht glossirt) von Wichtigkeit, in welcher folgender Rechtsfall erörtert wird: Eine Frau, Namens Thecla, starb (während der Pestilenz v. J. 542. u. w., vgl. *Gibbon* VII; *Chap.* 43. a. E.) mit Hinterlassung einer Tochter Sergia, welche, *sui iuris* und unmündig, aber *infantia maior*, ohne Antretung kaum sechszehn Tage nach ihrer Mutter ebenfalls verstarb. Ueberlebende Verwandte

sind, eine gewisse Manno (auch Thecla genannt), die Schwester des Vaters der jungen Sergia, also Schwägerinn von deren Mutter Thecla, zweitens Cosma, ein Bruder dieser verstorbenen Thecla, also mütterlicher Oheim der Sergia. Diese beiden machen einander die Erbschaft der Thecla streitig. Manno ist unzweifelhaft die nächste Agnatinn (*amita*, im 3ten Grade) der Sergia, dagegen mit deren Mutter Thecla (als Schwägerinn) nicht ein Mal blutsverwandt; Cosma dagegen ist nächster Agnat (Bruder, im 2ten Grade) dieser Thecla und zugleich mütterlicher Oheim (also Cognat im 3ten Grade) der Sergia. Es kommt alles darauf an, ob Sergia ihre Delation auf ihre Erben transmittirt habe oder ob diese Delation erloschen und Thecla nach dem jetzigen Stande ihrer eignen Verwandtschaft zu beerben sei. Im letztern Falle ist Cosma der einzig mögliche Erbe, und wirklich kann von einer *Transmissio ex capite infantiae* nach *d. L.* 18. nicht die Rede sein, indem solche durch die Bestimmungen der letztern (oben *litt. d.*) geradezu ausgeschlossen wird. Zwar beruft sich Manno darauf, dass nach §. 4. *d. L.* 18. (eben *litt. d.*) ein *impubes infantia maior* antreten könne, aber sie behauptet selbst nicht, dass Sergia die Erbschaft ihrer Mutter überhaupt, geschweige denn *tutore auctore*, wirklich angetreten habe; so dass Cosma wohl mit Grund behauptete, die Delation müsse in diesem Falle des §. 4. nach Lage der Sache ebenso zerfallen, wie solches für den *infans* bei mangelnder Antretung in §. 3. *d. L.* (oben *litt. c.*) ausdrücklich vorgeschrieben sei.

Allein die Ausschliessung der *Transmissio ex capite infantiae* nach *d. L.* 18. hindert keineswegs, die *Transmissio Iustinianea* nach *d. L.* 19. zuzulassen, welche deswegen unzweifelhaft eintreten muss, weil Sergia als Delatinn der Erbschaft ihrer Mutter innerhalb der Jahresfrist gestorben ist, der Rest dieser Frist also ihren, der Sergia, Erben behufs Antretung der Erbschaft der Mutter, Thecla, zu gute kommt. Erbinn der Sergia aber ist die Agnatinn (*amita*) Manno, mit Ausschluss des, freilich in gleichem Grade stehenden, Cognaten (*avunculus*) Cosma. Zwar hat die *Nov.* 118. (vom 26. Julius 544.) die Cognaten den Agnaten gleichgestellt, aber der vorliegende Erbfall ist nicht allein älter

als das Datum der Novelle, sondern auch als der Tag (1. Julius dess. J.), auf welchen diese den Anfang ihrer Gesetzeskraft zurück gesetzt hat, so dass also in dieser Beziehung *L.* 14. *C. De legit. her.* (VI, 58., v. J. 532., vgl. o. §. 294.) als massgebend erscheint.

In diesem Sinne lautet die Processdirection, welche der Kaiser dem mit Prüfung der Thatsachen und mit der eigentlichen Urtheilsfällung zugleich von ihm beauftragten Beamten ertheilt, indem er dabei auch noch die Einwendung des Cosma, dass, wenn nicht zwischen *d. LL.* 18. u. 19. ein Widerspruch stattfinden solle, *d. L.* 19. mit ihrem Deliberationsjahr nur für deliberationsfähige oder wenigstens mit Vormündern versehene Delaten gelten könne, dagegen auf Unmündige ohne Vormund *d. L.* 18. anzuwenden sei, durch den Ausspruch beseitigt, dass überhaupt keine Widersprüche vorhanden seien, wie schon *Const. Tanta* und *Δέδωκεν* (*L.* 2. §. 15. *L.* 3. §. 15. *C. De vet. iur. enucl.*) besagen, und dass insbesondere für das Verhältniss zwischen *d. LL.* 18. u. 19. das die richtige Lösung sei, die erstere nur auf diejenigen Fälle zu beziehen, in welchen die einjährige Frist unbenutzt ihr Ende erreicht habe, sonst aber auf Fälle wie der vorliegende die *L.* 19. anzuwenden. Und was endlich den Vergleich betrifft, welchen Manno nach einem unter besondern Umständen erhaltenen ungünstigen Urtheile, und im Sinne desselben, mit dem Sachwalter ihres Gegners Cosma abgeschlossen zu haben sich beklagt, so weist der Kaiser seinen Delegirten auf den Satz hin, dass man durch freie Stellvertreter keine Obligationen erwerbe, also Cosma aus diesem Vergleiche gegen die Manno nicht klagen könne.

Aelter endlich als die bisherigen drei Transmissionsregeln (*Transmissio Theodosiana, ex capite infantiae* und *Iustinianea*) ist die sogenannte *Transmissio ex capite in integrum restitutionis*, mit welcher es folgende Bewandtniss hat:

Wenn der Delat selbst durch Repudiation oder durch eine dieser gleichgesetzte Versäumniss der Antretung u. dgl. sein *ius delationis* verloren hat, aber unter Umständen, welche ihm einen Anspruch auf *in integrum restitutio* geben, so steht diese, so lange ihre Frist noch läuft, auch

seinen Erben zu. Das ist also zunächst nicht sowohl eine Transmission oder Vererbung des Delationsrechtes als vielmehr des *beneficium restitutionis*, wie solche in der allgemeinen Natur des letztern begründet ist, zufolge *L.* 6. *De I. I. R.*, *L.* 18. §. 5. *L.* 24. §. 2. *De min.* u. a. m. Aber allerdings kommen dann die Erben des Delaten in den Fall selbst anzutreten und das Delationsrecht ihres Erblassers auszuüben. Wenn also der Delat zu einer Zeit starb, wo er noch selbst hätte antreten können, so können die Erben nicht antreten, denn das Delationsrecht vererbt sich nicht, der Delat aber war nicht lädirt, hatte also keinen Anspruch auf *in integrum restitutio*, und konnte daher einen solchen auch nicht vererben; die Erben des Delaten aber haben weder etwas versäumt noch verloren, und ihnen kommt mithin *ex propria persona* keine Restitution zu.

Obige Transmissionsregel mit ihrer nähern Bestimmung findet sich in *L.* 1. *C. De rest. mil.* (II, 51. A° 198.) und *L.* 86. *pr. De A. v. O. H.* anerkannt, und in der letztern Stelle wird in erweiterndem Sinne noch eine Ausnahme zugelassen für einen besondern Fall, wo der Delat, *reipublicae caussa* abwesend, ohne die Delation zu erfahren, innerhalb der Frist der Antretung gestorben war, nachdem sein *procurator*, was er aber auch nicht mehr erfuhr und daher nicht ratihabiren konnte, für ihn *bonorum possessio* agnoscirt hatte. *Papinian* bezieht sich für diese Zulassung auf das Präcedens einer Entscheidung von *D. Pius* über einen bei der verdorbenen Gestalt dieses Theils der Stelle schwer zu entziffernden Fall, der aber vielleicht darin bestand, dass dem *Filiusfamilias* eines *reipublicae caussa* abwesenden Vaters die Erbschaft seiner Mutter angefallen, derselbe auch rechtzeitig die *bonorum possessio* agnoscirt hatte, dann aber, ehe der Vater ratihabiren konnte, selbst verstorben war. Vgl. übrigens auch *L.* 30. *pr. eod.*

Wo nun aber nach neuerm Recht, wie es namentlich bei der *Transmissio Theodosiana* und *Iustinianea* geschieht, ein Delationsrecht wirklich auf den Erben des Delaten transmittirt wird, da kann gar wohl für diesen Erben, wenn er die Antretung u. dgl. versäumt, *ex propria persona* ein Anspruch auf *in integrum restitutio* zur Begründung gelangen.

§. 316. Wirkung der erworbenen *hereditas*.

I. Der Erbe tritt an die Stelle des Erblassers hinsichtlich seines Vermögens als eines Ganzen, er setzt gleichsam die ökonomische Persönlichkeit des Erblassers in und mit seiner eignen fort, *L.* 24. *De V. S.*, *LL.* 59. 62. *De R. I.* In Folge dessen gehen alle einzelnen Rechtsverhältnisse des Erblassers, active und passive, so wie sie in dessen Person bestanden, auf den Erben über, sofern nur nicht ihre concrete Natur diesen Uebergang ausschliesst, *L.* 37. *De A. e. O. H.*, *L.* 208. *De V. S.*, *L.* 59. *De R. I.* So wird der Erbe Eigenthümer (mit oder ohne Belastung oder Erweiterung durch Servituten), Emphyteuta, Superficiar, Gläubiger (mit oder ohne Pfandrecht) und Schuldner, wo und wie der Erblasser es gewesen war, und wenn zwischen Erblasser und Erben Obligationen oder zwischen ihren Grundstücken Servituten bestanden hatten, oder wenn die Sache des einen dem andern pfändbar oder eine Sache des Erblassers zu Gunsten des Erben mit einer Personal-Servitut belastet gewesen war, so sind solche Rechte jetzt durch die universelle Vereinigung der beiden Subjecte auf dem Wege der Confusion untergegangen, *LL.* 75. 95. §. 2. *L.* 34. §. 8. *De sol.* *L.* 9. *Co praed.* *L.* 1. *Quem. seru.* *L.* 2. §. 18. f. *De her. uen.* *L.* 7. *C. De pac.* *L.* 5. *C. De her. act.* u. s. w. — Die ganze Regel des Rechtsüberganges findet aber auf den Besitz, welchen der Erblasser inne hatte, als auf ein thatsächliches Verhältniss, das sich der Erbe nur durch eigne Apprehension verschaffen kann, keine Anwendung, *L.* 23. *pr.* 30. §. 5. *De acq. po.* *L.* 1. §. 15. *Si is qui te. lib.* vgl. o. §. 54.

Bei dieser Nachfolge des Erben sind neben der Universalität noch zwei andere, eben so nothwendige und aller Willkür des Verkehres entzogene, Eigenschaften zu beachten:

Ein Mal die Unzerstörlichkeit oder Perpetuität: *Semel heres semper heres*, *L.* 3. §. 3. *L.* 88. *De her. inst.*, *L.* 7. §. 10. *De min.*, — ein Satz, welcher nicht allein im Einzelnen als unbedingt zur Anwendung kommt (nur dem *Privilegium militum* weicht er, *L.* 15. §. 4. *De test. mil.*), sondern auch für das ganze Wesen mancher Institute bestimmend gewirkt hat,

wie das z. B. bei dem Universal-Fideicommiss (u. §. 338.), Erbschaftsverkauf (u. §. 326.), Abstinenz (o. §. 311.) und bei der *I. I. R°.* gegen Antretung oder Repudiation (o. §. 312.) u. s. w. ersichtlich ist.

Sodann die Continuität. Allerdings kann nämlich zwischen dem Tode des Erblassers und dem Eintritte des Erben eine kürzere oder längere Zwischenzeit verlaufen, während welcher die Erbschaft ohne Subject da liegt (*iacet*, u. §. 325.); aber sobald sich nun der Erbe wirklich gefunden hat, so wird es in allen rechtlichen Beziehungen durchweg so gehalten, als wenn er schon im Augenblicke des Todes als Erbe eingetreten wäre. *L.* 138. *pr.* 193. *De R. I.*, *L.* 54. *De A. v. O. H.*, *L.* 28. §. 4. *De stip. serv.*

II. Was insbesondere noch die Erbschaftsschulden betrifft, so versteht sich nach dem Obigen von selbst, dass der Erbe für dieselben ganz so haftet, als wenn er sie selbst contrahirt hätte, und dass es hiefür gar nicht darauf ankommt, ob er in der Erbschaft zu deren Tilgung hinreichende Activen findet, oder ob er dafür von seinem sonstigen Vermögen zusetzen muss. *L.* 8. *pr. De A. v. O. H.*, *L.* 119. *De V. S.*

Eine Ausnahme hievon zeigte sich oben (§. 311.) bei dem *necessarius heres*, welcher die Erbschaftsgläubiger durch den Concurs über die Erbschaft abfinden und seinen anderweitigen eignen Erwerb frei erhalten konnte.

Eine andere Ausnahme wurde von K. *Gordian* als *privilegium militum* angeordnet, dass diese nämlich nach unbedachter Antretung einer überschuldeten Erbschaft für die Schulden nur bis zum Betrage der Activen derselben aufkommen sollten. *L.* 22. *pr.* §. 15. *C. De iur. delib.* §. 6. *I. l.* So gibt *d. pr. L.* 22. den Sinn des *privilegium* ausdrücklich an (*Sed et veterem constitutionem non ignoramus, quam D. Gordianus ad Platonem scripsit, de militibus, qui per ignorantiam hereditatem adierunt: quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hereditate defuncti invenerint, ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur*), und es vermag gegen die Richtigkeit dieser Angabe keinen Zweifel zu begründen, dass in *d.* §. 6. *I.* die Erwähnung der Verordnung von *Gordian*, wie auch eines vorhergehenden Rescriptes von *Hadrian* (. . . *D. Hadrianus*

etiam maiori 25. annis veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande aes alienum, quod aditae hereditatis tempore latebat, emersisset; sed hoc quidem D. Hadrianus cuidam speciali beneficio praestitit:), ohne alle merkirte Unterscheidung an gewöhnliche Fälle von *In integrum restitutio* gegen Erbschaftsantretung und von daherigem *Abstinere* angereiht ist; zumal da doch auch hier, wie *in d. princ.*, bezüglich der Einführung der Rechtsfigur eines Erben, der nur in gedachtem Maasse für die Schulden haftet, die eigne Verordnung *Iustinian*'s (wovon demnächst) nur als Erweiterung derjenigen *Gordian*'s dargestellt wird. Vielmehr wird aus der Verbindung, in welcher *d.* §. 6. die letztere mit *Hadrian*'s Rescript setzt (auf die obigen Worte folgt unmittelbar: *D. autem Gordianus postea militibus tantummodo hoc concessit. Sed nostra rel.*), noch des weitern wahrscheinlich, dass schon *Hadrian*, freilich nur für seinen Einzelfall, die gedachte Rechtsfigur aufgebracht habe, indem vielleicht einfache *I. I. R.* gegen die geschehene Antretung wegen bereits zu weit vorgeschrittener Liquidation der Erbschaft oder aus andern Gründe in jenem Falle nicht anzugehen schien.

Endlich eröffnete *Iustinian* jenen Vortheil, für die Schulden der Erbschaft bloss bis auf den Betrag der Activen zu haften, jedem Erben unter der Bedingung, dass er binnen bestimmter Frist ein getreues Inventar anfertige und sich dadurch über den wirklichen Bestand der Erbschaft legitimire, *d. L.* 22. *C. De iure del.*, vgl. *d.* §. 6. *I.* u. *N.* 1. *c.* 2.

Die nähern Bestimmungen der *L.* 22. *l.* sind folgende: Der Erbe hat binnen 30 Tagen von dem Tage der Testamentseröffnung und seiner Wissenschaft davon, beziehlich von dem Tage seiner Wissenschaft von der Intestat-Delation, das Inventar über die Verlassenschaft in ihren Activen anzufangen und binnen weitern 60. Tagen zu vollenden, unter Zuziehung von *Tabularii* und gewöhnlicher Instrumentszeugen. Dabei soll er seine schriftliche Versicherung unterfertigen, wie viel die Activen betragen, und dass er dieselben in guten Treuen verwahrt habe und verwahren werde. Wenn er nicht schreiben kann, so soll er das Inventar eigenhändig unterzeichnen und jene Versicherung durch einen hiefür eigens zugezogenen *tabularius* unterschreiben lassen, in

Gegenwart von Zeugen, die ihn (den Erben) von Person kennen und seinen desfallsigen Auftrag an den *tabularius* hören. §. 2. *d. L.* 22. Wenn aber der Erbe von dem Orte, wo die Verlassenschaft ganz oder zum grössten Theile sich befindet, abwesend ist, so hat er für die Vollendung des Inventars die Frist von einem Jahre, vom Tode des Erblassers an gerechnet, und darf die Fertigung am Orte, wo die Verlassenschaft sich befindet, selbst oder durch Bevollmächtigte bewirken, §. 3. *ib.*

Ist nun das Inventar vorschriftsmässig gefertigt, so kann er ohne alle Gefahr Erbe werden oder bleiben, und es ist ihm nicht allein die *Quarta Falcidia* gegenüber den Legataren gesichert, sondern er geniesst auch den mehrgedachten Vortheil, für die Erbschaftsschulden nur bis auf den Betrag der Activen zu haften. Und zwar hat er sich dabei um die richtige Vertheilung unter den Gläubigern oder zwischen diesen und den Legataren nicht zu kümmern, sondern er mag Gläubiger und Legatare, wie sie sich einzeln melden, befriedigen, so lange er in den Erbschafts-Activen den Werth dafür findet, und die später kommenden zurückweisen, sobald nichts mehr übrig ist, §§. 4. 7. *ib.* Auch gegen die Käufer, welche die Erbschaftssachen von dem liquidirenden Erben erworben haben, dürfen die unbefriedigten Gläubiger weder Forderung noch Pfandrecht geltend machen, wohl aber allernächst die Legatare aus etwaigem Pfandrechte mit *A^o. hypothecaria*, jedenfalls aber mit (gleichsam cedirter) *Condictio indebiti* belangen, §§. 5. 8. *ib.* Auch mögen sie ihre Pfandrechte nach deren Rang gegen diejenigen andern Gläubiger verfolgen, welche durch die Pfänder oder den Erlös aus denselben von dem Erben befriedigt worden sind, zu welchem Behufe ihnen ihre alte *A^o hypothecaria*, bezüglich eine neue *Condictio ex lege*, vorbehältlich ordentlichen *ius offerendi* für den Angesprochenen, zusteht, §. 6. *ib.*, wie denn unzweifelhaft auch die unbefriedigten Forderungen mit blossem *privilegium exigendi* gegen die befriedigten *chirographarii* oder sonstigen Gläubiger geringern Ranges geltend gemacht werden können, §. 8. *ib.*

Bei der Berechnung der Verlassenschaft darf der Erbe vorabziehen und einbehalten, was er für die Bestattung des

Erblassers, für die Insinuation des Testamentes, für die Fertigung des Inventars oder für die Nothdurft der Erbschaftsverwaltung erweislich ausgelegt hat; mit seinen etwaigen Forderungen an den Erblasser aber nimmt er, zwar ungehindert durch Confusion, doch nur die Stelle eines gewöhnlichen (*extraneus*) Creditor ein, §. 9. *ib.* Wenn aber Creditoren oder Legatare u. dgl. den im Inventar angegebenen Betrag der Verlassenschaft für zu niedrig halten, so mögen sie das Mehrere mit jeglichem gesetzlichen Mittel beweisen, wobei ihnen auch die Tortur gegen die Erbschaftssclaven und in Ermangelung anderer Beweismittel der Eid des Erben zur Verfügung gestellt wird. Hat aber der Erbe erwiesener Maassen etwas entwendet, verheimlicht, unterschlagen, so soll es in doppeltem Betrage der Verlassenschaft zugesetzt werden, §. 1. *ib.*

Während der für Fertigung des Inventars gewährten Frist dürfen Gläubiger, Legatare u. dgl. weder den Erben beunruhigen oder belangen, noch Erbschaftssachen auf Grund von Pfandrechten in Anspruch nehmen, vielmehr dient ihm jene Frist anstatt einer Deliberationsfrist, und soll daher während derselben auch keine Klage gegen den Erben verjähren, §. 11. *ib.* Wenn aber der Erbe, nachdem er angetreten oder sich eingemischt hat, die Frist für Fertigung des Inventars unbenutzt verstreichen lässt, so soll er nun ein für alle Mal als Erbe gelten und die Schulden *in solidum* bezahlen, §. 12. *ib.* Das sei alles vorgeschrieben in der Voraussetzung, dass der Delat keine Deliberationsfrist verlangt habe, welche fortan völlig überflüssig sei, da ja durch Beobachtung des gegenwärtigen Gesetzes jede Gefahr für die Antretung wegfalle; sollte aber jemand doch noch Deliberationsfrist haben wollen, so möge er sie vom Kaiser oder von dem Gerichte auf höchstens ein Jahr, bez. neun Monate, erbitten, unter Ausschluss jedes Verlängerungsgesuches und Ungültigkeit jeder längern, wenn selbst kaiserlich ertheilten, Frist, §. 13. *ib.* Und auch der Impetrant einer Deliberationsfrist soll zur Fertigung des ordentlichen Inventars verpflichtet sein. Wenn er aber diese Pflicht erfüllt und die Erbschaft wirklich angetreten oder doch binnen der Frist nicht ausgeschlagen hat, so haftet er dann den Gläubigern in

20

alter Weise, d. h. *in solidum*; hätte er dagegen zwar Deliberationsfrist erlangt, frecher Weise aber die Fertigung des Inventars unterlassen, so solle er, falls er antrat oder doch nicht ausschlug, überdiess auch den Vortheil der *Lex Falcidia* einbüssen, und falls er ausschlug, die Erbschaftsactiven den Gläubigern oder den gesetzlichen Nacherben so herauszugeben schuldig sein, dass im Zweifel der Betrag derselben durch den Eid der Empfänger unter richterlicher *Taxatio* festzusetzen sei, §. 14. *ib.*

Endlich wird das alte *priuilegium militum* so bestätigt, dass ihnen die unterlassene Fertigung des Inventars keinen Nachtheil bringe, sie vielmehr auch ohne solches für die Erbschaftsschulden nur bis auf den Betrag der Activen haften sollen, §. 15. *ib.*

Diesen Vorschriften wurde durch *d. N.* 1. *c.* 2. noch hinzugefügt, dass, wenn der Erbe sich die *Quarta Falcidia* sichern wolle, er bei Fertigung des Inventars die sämmtlichen Legatare u. dgl., welche sich am Orte befinden, oder deren Stellvertreter, und für die abwesenden wenigstens drei zuverlässige, wohlhabende und wohlbeleumdete Zeugen, die am Orte wohnen, zuziehen müsse, in der Meinung — einerseits, dass wenn diese abwesenden Legatare nachher über Verheimlichung oder Entwendung von Activen sich beschwerten, ihnen sowohl das Verhör der Erbschaftssclaven in der gesetzlichen Form, als auch der Eid des Erben und der zugezogenen Zeugen, dass alles richtig zugegangen sei, zu Gebote stehen solle; — und anderseits, dass anstatt derjenigen Legatare u. dgl., welche bei Fertigung des Inventars nicht zugegen sein wollen, die vorgedachten Zeugen genügen, vorbehältlich jedoch auch für sie des erwähnten Sclavenverhöres und Eides, §. 1. *d. cap.* 2. Ist die vorstehende Form nicht beobachtet, so darf der Erbe weder *e lege Falcidia* noch selbst auf Grund der Behauptung, dass die Vermächtnisse den liquiden Bestand der Erbschaft übersteigen, einen Abzug machen, indem ihm die gesetzmässige Ausweisung über die Wahrheit der respectiven thatsächlichen Voraussetzungen abgeht, §. 2. *ib.*

In summa stellt sich nun also das Verhältniss so:

Der Erbe, welcher, ohne Deliberationsfrist, das Inven-

tar, wie vorgeschrieben, gefertigt hat, haftet für die Schulden nur bis zum Betrag der Erbschaft und geniesst die *Falcidia*.

Der Erbe, welcher, mit Deliberationsfrist, das Inventar, wie vorgeschrieben, gefertigt hat, haftet für die Schulden *in solidum*, geniesst aber die *Falcidia*.

Der Erbe endlich, welcher, mit oder ohne Deliberationsfrist, das Inventar, wie vorgeschrieben, nicht gefertigt hat, haftet für die Schulden *in solidum* und verliert nicht bloss die *Falcidia*, sondern auch den Einwand, dass die Vermächtnisse den liquiden Bestand der Erbschaft übersteigen.

III. Wie nun aber durch das dargestellte s. g. *Beneficium inuentarii* der Erbe gegen die Nachtheile einer überschuldeten Erbschaft gegenüber den Erbschaftsgläubigern geschützt wird, so steht, und zwar schon nach classischem Rechte, umgekehrt den Gläubigern der Erbschaft (demnächst auch den Legataren u. dgl.) gegenüber dem nach ihrer Vermuthung überschuldeten Erben die Befugniss zu, die Trennung der Erbschaft von dem Vermögen des Erben mittelst Decretes des Magistrates zu erlangen, in dem Sinne, dass sie aus der Erbschaft vorzugsweise vor den sonstigen Gläubigern des Erben selbst befriedigt werden sollen. Das ist das s. g. *Beneficium separationis, L.* 1. *pr.* §§. 1. 14. *L.* 6. *pr. L.* 4. §. 1. *De separ.*, welches seine innere Begründung in dem Zusammentreffen folgender zwei Gedanken findet:

a) die Erbschaft erscheint zufolge der Idee der Universal-Succession als ein Gesammtwerth, der sich daraus ergibt, dass man den Werth der Passiven von dem der Activen abzieht. Die Erbschaft kann und soll für den Erben nur so weit Gewinn sein, als bei dieser Subtraction ein positiver Rest bleibt, und es wäre ein abnormes und verwerfliches Verhältniss, wenn der Erbe ohne Tilgung der Schulden sich die Activen zu Nutze machen wollte (wofür sich schon bei *Cic. ad Q. F. I*, 2, 3, 10. ein annähernder Ausdruck findet in dem Decrete *Ne quid de bonis, quae L. Octauii Nasonis fuissent, cui L. Flauius heres est, deminuerent* (*L. Flauii procuratores*) *ante quam C. Fundanio* (*creditori hereditario*) *pecuniam soluissent*, und gleichzeitig: *Apolloni-*

denses ne de bonis, quae Octavii fuissent, deminui paterentur prius, quam Fundanio debitum solutum esset.);

b) Wer im ordentlichen Verkehre Gläubiger eines Andern wird, muss dabei ausschliesslich oder neben anderm immer für seine künftige Befriedigung ein gewisses Vertrauen auf die Persönlichkeit seines Schuldners setzen. Diese gehört daher zum Wesen seines Rechtsverhältnisses, und es kann ihm ohne seinen Willen nie ein anderer Schuldner substituirt werden. Er muss den Vortheil davon haben, wenn er sein Vertrauen mit Grund auf diese Person gesetzt hat, wie er auch die Gefahr trägt, wenn er sich über die gegenwärtige Oekonomie oder die künftige Führung derselben in dem Schuldner getäuscht hat. Und diese Chance des ökonomischen Gesammtschicksals seines Schuldners soll ihm auch durch dessen Tod nicht entzogen werden. Zwar bekommt er jetzt den Erben zum Schuldner, weil er sonst gar keinen mehr hätte; aber so lange, bis er zu diesem Personenwechsel ausdrücklich oder stillschweigend seinen Willen hergegeben hat, soll ihm noch immer frei stehen, sich an seinen todten Schuldner, d. h. an dessen Erbschaft, zu halten, den neuen und lebenden, d. h. den Erben, von der Hand zu weisen, und die ökonomische Identificirung Beider, d. h. die Vermischung der Erbschaft mit dem Vermögen des Erben, sich zu verbitten.

Wenn demzufolge über den Erben, welcher die Erbschaft bereits erworben hatte, der Concurs ausbrach, so konnten die Erbschaftsgläubiger verlangen, dass über jedes der beiden Vermögen eine besondere *Bonorum venditio* (o. §. 202.) durch den Prätor verfügt werde, und es war dies eine gewöhnliche, doch nicht die einzige, Figur, in welcher das *Beneficium separationis* zur äussern Erscheinung gelangte, *L.* 1. §. 1. *De separ.*

Des Nähern ist übrigens dabei folgendes zu beachten:

1. Wie die Erbschaftsgläubiger, alle oder einzelne, mittelst der ausgewirkten *Separatio* erreichen können, dass sie aus der Erbschaft erst vollständig befriedigt werden, ehe davon irgend etwas an die Creditoren des Erben gelangen darf, und dass, wenn auch die Erbschaft insufficient ist, ihnen doch die Procente, welche sie abwirft, ungeschmälert von

den Gläubigern des Erben, zu Theil werden, — *L*. 1. §§. 1. 3. 16. 17. *L*. 3. §. 2. *L*. 5. *eod.*: so verlieren sie anderseits, wenn sie von jener Befugniss Gebrauch machen, jeden Anspruch an den Erben und sein Vermögen für den bei der Erbschaft verlüstigen Theil ihrer Forderungen, und nur Gründe, wie sie zur *In integrum restitutio* hinreichen, können für sie die *Separatio* mit ihren Folgen rückgängig machen, *L*. 1. §. 17. *eod.* So viel lässt jedoch *Papinian* in *L*. 3. §. 2. *eod.* zu, dass die Erbschaftsgläubiger für den bei der Erbschaft verlüstig gebliebenen Rest ihrer Forderungen sich insofern an das Vermögen oder den Nacherwerb des Erben selbst halten mögen, als vorher die Gläubiger des letztern vollaus befriedigt wären; aber auch dies wird von *Paullus* in *L*. 5. *eod.*, unter ausdrücklicher Bezeichnung dieser Controverse als einer weiter verbreiteten, bestritten, indem er an der Auffassung festhält, dass die Erbschaftsgläubiger durch Erlangung der Separation den Erben als ihren Schuldner unwiederruflich aufgegeben zu haben schienen, und zu ihm nie wieder zurück kehren könnten. Umgekehrt war darüber kein Zweifel, dass die Gläubiger des Erben an den Ueberschuss der Erbschaft, welcher sich nach voller Befriedigung der Erbschaftsgläubiger ergäbe, für ihre eigne Befriedigung ebensowohl wie an das sonstige Vermögen des Erben sich zu halten berechtigt seien, *d. L*. 1. §. 17. *L*. 3. §. 2. *L*. 5.

2. Das Recht auf Separation cessirt

a) für diejenigen Erbschaftsstücke, welche schon so mit dem Vermögen des Erben vermischt sind, dass sie nicht füglich wieder ausgeschieden werden können, *L*. 1. §. 12. *eod.* Doch stehen Pfandbestellungen des Erben der Separation nicht entgegen und müssen ihr weichen, *L*. 1. §. 3. *h. t.*, während Verkauf der Erbschaft, *bona fide* geschehen, die Separation ausschliesst, *L*. 2. *eod.*;

b) wenn der Erbschaftsgläubiger durch Novation, Annahme von Bürgen oder Pfändern oder sonst die Gesinnung zu erkennen gegeben oder bethätigt hat, den Erben als seinen Schuldner anzunehmen, *L*. 1. §§. 10. 11. 15. *ff. L*. 2. *C. eod.*; so dass einzelne Gläubiger ohne Nachtheil für die andern die Separation verwirken können, §. 16. *d. L*. 1. Für eine solche Annahme des Erben gilt es aber nicht, wenn ein Erbschafts-

gläubiger seine bestrittene Forderung gegen ihn einklagt, denn für die rechtliche Durchfechtung derselben ist ja der Erbe sein einzig möglicher Gegner, *L. fi. eod.;*

c) nach Ablauf von fünf Jahren seit dem Erwerbe der Erbschaft, *L.* 1. §. 13. *eod.*

3. Auch gegen Stadtgemeinden und selbst gegen den Fiscus, wenn sie Erben sind, kann die Separation verlangt werden, *L.* 1. §. 4. *eod.*, obgleich sonst insbesondere der letztere immer für zahlungsfähig gilt, *L.* 2. §. 1. *De fun. do. L.* 1. §. 18. vgl. *L.* 6. §. 1. *Ut legat.*, *L.* 3. §. 5. *Si cui plus.*

4. Wenn ein Pupill seinen Vater beerbt hat, dann *e pupillaribus tabulis* beerbt worden ist, und der *Substitutus pupillaris* in Concurs geräth, so steht die *Separatio* sowohl den eigenen als den väterlichen Gläubigern des Pupills zu (das erstere konnte nach der ältern Bedeutung des *tt. pupillare*, o. §. 288. S. 265., bezweifelt werden), *L.* 1. §. 7. *De separ.* — Wenn dagegen A von B und B von C in gewöhnlicher Art beerbt worden ist, so steht den Gläubigern des A gegen die von B und C, den Gläubigern des B aber nur gegen die des C die *Separatio* zu, §. 8. *ib.* Doch wird ausnahmsweise dem *Patronus* als Erben seiner *Liberta*, welche eine nachtheilige *bonorum possessio* erworben hat, die *Separatio*, mit Hinsicht auf sein besonders qualificirtes Notherbrecht, gestattet, *L.* 1. §. 1. *eod.*

5. Die Gläubiger des Erben haben keinen Anspruch auf *Separatio* gegenüber denjenigen des Erblassers, — ganz entsprechend dem obigen Grundgedanken (S. 308. litt. *b.*), denn dass mein Schuldner künftig ein Mal eine ungeeignete Erbschaft antrete und sich dadurch zur Insolvenz bringe, gehört zu den Chancen seiner ökonomischen Führung, welche ich über mich nehme, indem ich ihm jetzt creditire; selbst unter dem besondern Gesichtspunkte des *in fraudem creditorum gestum* (o. §. 202.) liegt die Anfechtung einer solchen Erbschaftsantretung gegenüber den Gläubigern des Erblassers für die Gläubiger des Erben nur in entfernter Möglichkeit, *L.* 1. §§. 2. 5. *eod.*

IV. Noch kann endlich der Erbe sich durch Vertrag schon zum voraus, d. h. vor der Antretung, oder wenn er ein *necessarius* mit *ius abstinendi* ist, vor der Immixtion, den

Vortheil verschaffen, für die Erbschaftsschulden nur entweder bis zum Betrage der Erbschaftsactiven oder zu einer bestimmten Quote zu haften.

Solcher Vertrag kam vorerst in Gestalt eines Mandates zu Stande, so dass der Delat sich die Antretung geradezu von den Erbschaftsgläubigern in Auftrag geben liess, dadurch gegen diese der gemeinen Mandatstheorie zufolge einen Anspruch auf Indemnität für die Antretung erlangte, und, da ihm demnach für jeglichen Schaden, den er durch den Erwerb der Erbschaft, insbesondere etwa durch Bezahlung überschiessender Schulden, erlitt, sogar eine *Actio mandati* zustand, unzweifelhaft sich gegenüber den klagenden Erbschaftsgläubigern, als seinen Mandanten, auch exceptionsweise (*L.* 156. §. 1. *L.* 173. §. 3. *De R. I.*) gegen die Befriedigung ihrer Forderungen, so weit solche die Activen überstiegen, schützen konnte, *L.* 32. *Mand.* *L.* 7. §. 18. *De pac.* *L.* 4. *pr. De dol. exc.*, vgl. *L.* 19. *pr. Ad SC. Vellei.* und *Plin. Ep. II*, 4.

Demnächst zeigte sich aber jener Vertrag auch gar häufig in der uns heute geläufigern Figur eines einfachen und unmittelbaren Nachlassvertrages (Accordes, *Accommodement*, o. §. 202.), welchen der Delat vor der Antretung oder der wirkliche Erbe (als *necessarius* u. dgl.) vor der Immixtion mit den einzelnen Erbschaftsgläubigern dahin eingeht, dass sie sich gegen ihn als Erben mit so und so viel Procenten ihrer Forderungen begnügen wollen, *L.* 7. §. 17. f. *De pac.* *L.* 59. *De adm. tut.* vgl. *L.* 55. *De A. v. O. H.*

Da aber einerseits ein solches Pacisciren mit den einzelnen Gläubigern schon an sich schwierig ist, und leicht für den einen oder andern Theil verfänglich wird, insbesondere aber Anlass zu unbilliger Begünstigung und wieder Benachtheiligung einzelner Gläubiger gibt, auch andere Machinationen, Unebenheiten und Verzögerungen mit sich führt; und da doch anderseits ein Accord, offen, redlich und gleichmässig mit allen Gläubigern zugleich abgeschlossen, gewöhnlich ganz geeignet ist, durch Abwendung des Concurses über die Erbschaft den Vortheil aller Theile zu fördern und die Ehre des Erblassers zu retten: so fand solcher Accord schon in der frühern Kaiserzeit (es werden Rescripte von *D. Pius*

und von *D. Marcus* erwähnt) eine genauere und mehr positive Ausbildung in folgendem Sinne:

Die sämmtlichen Gläubiger sollen zum Behufe eines solchen Accordes sich versammeln und wo möglich darüber einigen, mit welcher Quote sie sich begnügen wollen, und wenn diese Einigung nicht zu Stande kommt, so hat der Magistrat durch Decret die Quote und was sonst zum Accord gehört, festzusetzen, wobei für ihn die Willensmeinung der Mehrheit der Gläubiger (nach dem Betrage ihrer Forderungen in Capital und Zins berechnet) massgebend ist. Bei gleichem Betrage erst richtet sich die Mehrheit nach der Kopfzahl; ist auch diese gleich, so wird auf hervorragende *Dignitas* eines Einzelnen gesehen, eventuell endlich die mildere Ansicht vorgezogen, *L.* 7. §. 19. *LL.* 8. 9. *De pac.* Abwesende Gläubiger müssen sich dem Beschlusse der Anwesenden fügen, und davon sind auch die *priuilegiarii* nicht ausgenommen; dagegen bleiben für an- und abwesende Pfandgläubiger die Pfandrechte und als deren Unterlage auch die Forderungen durch Accord und Decret unberührt, wie denn den mit Bürgschaft gedeckten Gläubigern frei stand, ihr Recht gegen die Bürgen vollaus vorzubehalten, und ihnen dasselbe, auch wenn sie von der Versammlung ausblieben, nicht geschmälert wurde; und wie auch die *priuilegiarii* durch ausdrückliche Verwahrung ihrer bevorzugten Forderung gegen den Accord sich dieselbe bei ihrem vollen Betrage erhalten konnten, wiewohl in letzterer Beziehung einige Meinungsverschiedenheit stattgefunden zu haben scheint, *L.* 10. *pr. De pac. L.* 58. §. 1. *Mand.*

Wenn übrigens eine Erbschaft auf solchen Accord hin angetreten oder sonst erworben (*d. L.* 7. §. 18. *De pac.*) oder (durch Immixtion) beibehalten wird, so bleiben zwar die letztwilligen Freilassungen, wenn sie nicht *in fraudem creditorum* geschehen sind, bei Kräften, die Vermächtnisse dagegen fallen aus, sobald die Erbschaft wirklich zur vollen Bezahlung der Schulden nicht ausreichte, *L.* 54. §. 1. *De man. te. L.* 23. *Quae in frau. cre.*

§. 323. Collation.

Titt. ff. De collatione und *De dotis collatione* (XXXVII, 6. 7.), *C. De collationibus* (VI, 20.). *Paul.* V, 9, 4.

I. *Collatio bonorum.* — Als der Prätor in der *Bonorum possessio contra tabulas* und *intestati* den *suis* die *emancipati* u. dgl. gleich stellte und sie alle in seiner Klasse der *Liberi* vereinigte (o. §. 292. §. 299.), da konnte es nicht unbeachtet bleiben, dass jeder *suus* zeitlebens für den Erblasser, jeder *emancipatus* dagegen seit der Emancipation für sich selbst erworben hatte, und dass aus diesem Grunde, wenn beide jetzt ohne weiteres den Erblasser auf gleichen Fuss neben einander beerben würden, gerade in dieser scheinbaren Gleichheit die ungerechteste Ungleichheit liegen würde. Daher die Regel:

Wenn die *emancipati* u. dgl. durch jene erlangte *Bonorum possessio* mit den *suis* concurriren wollen, so sollen sie erst ihr ganzes Vermögen einwerfen, *L.* 1. *pr.* §. 6. *L.* 10. *ff. LL.* 1. 9. *C. h. t. L.* 20. §. 1. *De b. p. co. ta.*

Nähere Bestimmungen sind folgende:

1. Die *emancipati* u. dgl. conferiren nur den wirklichen *suis*, und auch diesen nur dann, wenn sie ihnen durch ihre Concurrenz Eintrag thun, *L.* 1. §. 5. *L.* 3. §. 3. *ff. LL.* 9. 11. *C. h. t.* Beispiele: a) *L.* 1. §. 4. *h. t.* Ein *suus* ist zu $\frac{1}{4}$ eingesetzt, neben ihm ein *extraneus* zu $\frac{3}{4}$, ein *emancipatus* ist präterirt; dieser conferirt dem *suus* nicht, wenn er mit ihm zur *bonorum possessio contra tabulas* gelangt, während b) nach §. 3. *ib.* bei umgekehrten Quoten jener Einsetzung der *emancipatus*, da er dem *suus* $\frac{1}{4}$ der Erbschaft entzieht, auch $\frac{1}{4}$ seines Vermögens an ihn abgeben soll (A. M. *Fein* S. 73., vgl. dag. *Vangerow* §. 515.); c) *L.* 1. §. 13. *De coniung. c. emanc. Ab intestato* erben ein *filius suus*, ein *filius emancipatus* und dessen Sohn als *nepos suus;* der *emancipatus* conferirt nur dem letztern, nicht dem erstern. — Weiter vgl. §. 18. *ib. L.* 3. §. 6. *h. t.*

2. Nach dem Wortlaut des Edictes und nach der daran sich anschliessenden ältern Ansicht wurde den *suis* nur dann conferirt, wenn sie die *bonorum possessio* erhalten hatten;

später neigte man sich aber dahin, es für genügend anzunehmen, dass sie dieselbe hätten erhalten können, *L.* 1. §. 1. *L.* 10. *h. t.* (vgl. o. §. 275.)

3. Gegenstand der Collation ist das ganze reine Vermögen des Collationspflichtigen zur Zeit des Todes des Erblassers, *L.* 2. §. 1. *L.* 1. §§. 17–19. *LL.* 6. 15. *C. h. t.*, nebst dem Ertrage desselben von diesem Zeitpunkte an, *L.* 5. §. 1. *De dot. coll.* (vgl. betreffend den collationspflichtigen *postumus* *L.* 2. *pr.* *L.* 12. *ff.* *L.* 11. *C. h. t.*) Ausgenommen ist aber der etwaige Bestandtheil desselben, welcher bei einem *suus* ein *peculium castrense* ausmachen würde, *L.* 1. §§. 15. 22. *ff.* *L.* 21. *C. h. t.*, vgl. *pr. I. Quib. n. e. perm.*, ebenso die *dos* der Frau, weil sie eventuell geschuldet wird, und auch dem *suus* voraus gebührt, *L.* 1. §. 20. *L.* 3. §. 4. *h. t.*, ferner der (eben nicht zu ermittelnde) Geldwerth einer *dignitas*, für welche der Vater zu Gunsten des *emancipatus* etwas gegeben hat oder noch schuldete, *L.* 1. §. 16. *h. t.*; endlich die noch nicht realisirte *Actio vindictam spirans*, wie *iniuriarum* u. dgl. (*Keller* Civ. Pr. §. 91. a. E.), *L.* 2. §. 4. *h. t.*, vgl. *L.* 28. *De iniur.* — Abgerechnet wird auch was nach dem Tode des Erblassers ohne Schuld des *emancipatus* verloren gegangen ist, *L.* 2. §. 2. *h. t.*, so wie umgekehrt zugerechnet wird, was selbst vor dem Tode durch *dolus* ausgeschieden wurde, *L.* 1. §. 23. *h. t.* Und die *filia emancipata* muss auch ihre *dos*, obgleich diese sich jetzt im Vermögen ihres Mannes befindet, mit conferiren, weil sie ihr eventuell geschuldet wird, L. 1. §. 2. ff. *De dot. coll.*, aber nicht der *emancipatus* die *dos* seiner Tochter, weil sie dieser auch gegen ihn gesichert bleibt, *L.* 4. *h. t.* *L.* 1. §. 9. *L.* 9. *De dot. coll.*

4. Der an die *Sui* abzugebende Betrag ist so gross, als wenn der Collationspflichtige sein Vermögen mit den Collationsberechtigten, und nur mit diesen, zu gleichen Theilen zu theilen hätte, z. B. bei einer liquiden Erbschaft von 1200. bekommen a) von 2. *sui* und 1. *emancipatus*, der 600. hat, jeder 400+200=600.; b) von 2. *sui* und 2. *emancipati*, deren einer 600., der andere 300. hat, jeder *suus* 300 + 200 + 100 =600., der erste *emancipatus* 300 + 200., der zweite 300 + 100.: — so dass also der Collationspflichtige von seinem eignen Vermögen jederzeit einen Bruchtheil behält, dessen

Zähler 1., dessen Nenner aber die Zahl der Collationsberechtigten + 1. ist. Das ist der übereinstimmende Entscheid in *L.* 1. §. 24. (*Ulp.*) *L.* 2. §. 5. (*Paul.*, mit Berufung auf *Gaius Cassius*) *L.* 3. §. 2. (*Iulian.*) *h. t.*, und wenn manche Neuere sich darüber in dem zweiten Punkte (litt. b.) gewundert und darin etwas unbilliges (*Vangerow* §. 515.) oder gar einen Rechnungsfehler (*Göschen* §. 967.) gefunden haben, so ist dagegen vorerst zu erinnern, dass jener Entscheid nicht ein augenblicklicher und vereinzelter, sondern das Resultat langjähriger Erörterung war, die nicht ohne prüfende Berücksichtigung abweichender Meinungen stattgefunden hatte. Sodann dürfte es aber auch schwer halten, eine andere Meinung als richtiger oder billiger zu rechtfertigen. Als eine solche lässt sich nämlich denken, dass alles Conferirte absolut in die Erbschaft geworfen und mit dieser getheilt würde; dann wäre in obigem Falle b) zu theilen 1200 + 600 + 300 = 2100., — in 4. gleiche Theile, würde für Jeden 525. ausmachen; da würden aber auch die *emancipati* einander conferiren und unter sich den Unterschied ihres Erwerbes ausgleichen, wofür gar kein vernünftiger Grund abzusehen wäre; wesswegen denn diese Berechnung von den Römern ausdrücklich verworfen wird, *d. ll.*, besonders *L.* 3. §. 2. — Oder aber man hätte die Nicht-Collationsberechtigten bei Ausmittelung des Nenners mitzählen, aber ihre Theile dem Collationspflichtigen lassen können; dann bekämen in jenem Falle b) jeder *suus* 300 + 150 + 75 = 525., der erste *emancipatus* 300 + 300 = 600., der zweite 300 + 150 = 450. Diese Berechnung wurde indessen von den Römern weder gebilligt, noch finden wir eine Erwähnung derselben, sie stimmte nicht zu dem leitenden Gedanken, der, wohl mit gutem Grunde, eher dahin ging, dass jeder *emancipatus* u. dgl. einzeln mit seiner Collation bei den *suis* sich gleichsam einkaufen müsse und sich das Hinzutreten ähnlicher Theilnehmer an der Erbschaft nicht zum Vortheil anrechnen dürfe; mit andern Worten, dass der einzelne *emancipatus* nur für sich, nicht auch für andere und zu deren Vortheil, als *suus* fingirt werden dürfe. Wir (so mögen die *sui* gleichsam zu jedem *emancipatus* sagen) theilen mit dir was unser ist, theile du mit uns was dein ist. Und wenn *Paullus* in *d.*

L. 2. §. 5. sagt: *nec indignari eos (emancipatos) oportere, si plus conferant et minus accipiant: quia in potestate eorum fuerit bonorum possessionem omittere:* so ist dieser Trost, den man ihm fast übel nehmen wollte, als wäre er eher brutal als von juristischem Gehalt, doch insofern nicht so ganz leer, als hingegen die *sui* im umgekehrten Falle, wenn der *emancipatus* wenig oder nichts hat, ihn doch nicht ausschliessen können, desswegen aber für den ihnen günstigern Fall wohl auf eine etwas vollere Berechnungsweise einen billigen Anspruch haben, wie denn z. B. in obigem Falle b) der erste *emancipatus* muthmasslich auf die *bonorum possessio* verzichten, der zweite dagegen nicht ermangeln wird sie anzunehmen, so dass letzterer und die zwei *sui* allein erben und jeder der drei Brüder 400 + 100 = 500 bekommt.

Schliesslich ist noch zu beachten, dass, wenn Mehrere zusammen einen Stammtheil erhalten und sie alle collationsberechtigt oder aber collationspflichtig sind, sie gegenüber den concurrirenden Stämmen hinsichtlich der Collation zusammen als Ein Mann gelten, *L.* 7. *h. t.* vgl. *L.* 1. §. 14. *ff. De coniung. c. emanc.;* und dass, wenn der Collationspflichtige sich *in aliena potestate* befindet, der Inhaber dieser *potestas* selbst die Collationspflicht zwar trägt, sich aber derselben dadurch entledigen kann, dass er den Erbberechtigten aufrecht und redlich vor Erlangung der *Bonorum possessio* emancipirt, *L.* 1. §. 14. *L.* 5. *pr. h. t. L.* 2. *De dot. coll.*

5. Bewerkstelligt wird die Collation zunächst durch Caution mit Satisdation, d. h. durch das mit Bürgschaft (allenfalls mit Pfand) gedeckte Versprechen, den betreffenden Theil des eignen Vermögens richtig an den Collationsberechtigten abzugeben, *L.* 1. §. 9. *h. t.* Zwar steht nichts entgegen, dass man anstatt solchen Versprechens vielmehr mit der That selbst (*re*) der Collationspflicht genüge, indem man sein Vermögen wirklich mit dem Berechtigten theilt; allein einerseits mochte das dem Collationspflichtigen seltener conveniren, zumal er nur den Werth der betreffenden Quote, nicht aber irgend welche Vermögensstücke in Natura, abzugeben schuldig ist, und anderseits liegt auch selten der Reinbetrag eines Vermögens augenblicklich so genau und unzweifelhaft vor; so dass im gewöhnlichen Fall um der noch übrig bleiben-

den Ungewissheit willen auch bei vorgenommener Theilung die Caution doch noch hinzu treten musste. §. 11. *ib. Paul. l.* In gleichem Sinne kann übrigens der Collationspflichtige, anstatt eine Quote seines Vermögens wirklich abzugeben, auch von seinem Antheil an der Erbschaft so viel in Natura zurücklassen, als dem Werthe jener Quote gleich kommt, §. 12. *ib.*; wie denn auch einer Mischung aus den drei Collationsarten, Abgeben, Zurücklassen, Caviren, nichts entgegen steht.

6. Die Caution ist eine *Stipulatio praetoria cautionalis* (*Keller* C. Pr. §. 77. N. 885.), und zwar *incerta*, auf *quanti ea res est* gerichtet, *L.* 5. §. 3. *h. t.* vgl. *L.* 2. *pr.* §. 2 *De stip. praet.*, bezeichnete ausdrücklich oder in concludenter Weise den *promissor* als *bonorum possessor*, und enthielt ohne Zweifel die *clausula doli*, *L.* 5. §. 1. *h. t.* (vgl. *Kel. l.* N. 892.); so dass der *promissor*, wenn er voraus cavirt, dann aber die *bonorum possessio* nicht erworben hatte, *ipso iure* sicher war, *L.* 3. §. 5. *h. t.* Sie enthielt im Uebrigen das einfache Versprechen, ohne weitere *condicio* oder *dies*, an den *stipulator* den betreffenden Theil seines Vermögens, wie viel dessen Werth beträgt, wie oben (5.) näher bezeichnet, abzugeben, getreulich und ohne Gefährde; und wurde demnach fällig, sobald eine für die Berechnung und Befriedigung angemessene Zeitfrist verlaufen war, ohne dass der *promissor* der Aufforderung dazu von Seite des *stipulator* vollständiges Genüge geleistet hätte. Die Klage war demnächst die gewöhnliche *Actio ex stipulatu incerta*, doch wohl ausdrücklich auf *bona fides* gestellt, nämlich *Quicquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona* (*Kel. l.* und §. 41. N. 472. §. 67. b. N. 798.), *L.* 5. §. 1. ff. *h. t.*

7. Die gehörige Leistung der Caution oder der Collation selbst bedingt zwar nicht die Erlangung der *bonorum possessio*, wohl aber die volle Wirksamkeit des aus dieser fliessenden Erbrechtes, indem der Prätor dem *bonorum possessor* wegen unterlassener Erfüllung dieser seiner Obliegenheit die praktische Wirksamkeit des letztern, zu Gunsten des *suus* abschneidet, insbesondere den Besitz der Erbschaftssachen entzieht und die *Actiones*, sowohl *hereditariae* als *familiae herciscundae* u. dgl., versagt, *L.* 3. *pr.* *L.* 2. §. 8. *L.* 8. *ff.* *LL.* 11. 16.

C. h. t. Paul. l. Doch wird billige Rücksicht genommen und verschiedentlich milderer Ausweg versucht, wenn die Cautionsleistung nur wegen Unvermögens, nicht aus Widerspenstigkeit (*contumacia*) unterblieben ist. So wird z. B. ein *curator* bestellt, welcher dessen Theil liquidirt und ihm das Eingegangene erst nach geleisteter Caution abliefert, *L.* 1. §. 10. *h. t. L.* 5. §. 1. *Ut legat.;* oder die Liquidation des betreffenden Theiles wird ganz aufgehalten und nur für das Dringende den *suis* gegen Caution von ihrer Seite überlassen, *L.* 2. §. 9. *h. t. d. L.* 5. §. 1. Auch wird jenem Unterschiede die Bedeutung gegeben, dass, wenn die Cautionspflicht gegen einen *suus* erfüllt, gegen einen andern nicht erfüllt wird, dem *inops* nur für den letztern, dem *contumax* dagegen für beide Theile die *actiones* versagt werden, *L.* 1. §. 13. *h. t.* Doch wird auch dem *contumax* sein Erbtheil wieder freigegeben, wenn er zu seiner Pflicht zurück kehrt, *d. L.* 1. §. 10. *L.* 8. *h. t.;* wie auch umgekehrt dem *suus*, welcher die *bonorum possessio* versäumt oder ausgeschlagen hat, mit deren Restitution auch der Anspruch auf Collation restituirt wird, *L.* 1. § 2. *h. t.*

II. *Collatio dotis.* — Die *dos* einer *filiafamilias* ist zunächst im Vermögen ihres Mannes, nicht ihres Vaters, gehört also bei dem Tode des letztern nicht zu dessen Erbschaft. Dennoch ist sie reell ihr Vermögen, welches sie während der Ehe *de facto* geniesst und nach deren Auflösung mit der *actio rei uxoriae* sich zueignen kann (o. §. 215. f.). Das ist ihr aber gewöhnlich aus dem väterlichen Vermögen oder doch sonst *durante potestate* geworden, während welcher die *sui* gar nichts für sich erwerben konnten, die *emancipati* aber wenigstens nicht ähnliche Capitalstücke aus dem Vermögen des Vaters zu erhalten pflegten.

Desswegen schreibt das Edict vor, dass die *suae* ihre *dos* zu conferiren haben, *L.* 1. §. 2. *h. t.* (*De dot. coll.*) *LL.* 3. 8. *C. h. t.*

Dabei gelten folgende nähere Bestimmungen:

1. Auch diese Collation findet bloss bei der *successio contra tabulas* und *ab intestato* statt, *LL.* 4. 7. *C. h. t.;* die *instituta* hat ihre *dos* selbst dann nicht einzuwerfen, wenn sie *commisso per alium edicto* (o. §. 299.) *contra tabulas*

succedirt, ausgenommen so weit sie auf diesem Wege mehr bekommt als der Testator ihr zugedacht hat, *LL.* 3. 7. *h. t.*, oder wenn sie irrthümlich *bonorum possessio intestati* agnoscirt, *L.* 5. *pr. h. t.* *L.* 23. *Si quis om. ca.*, oder wenn sie als *exheredata* den eingesetzten Geschwistern u. dgl. durch *querela inofficiosi* einen Theil der Erbschaft abgenommen hat, *L.* 7. *h. t.*; viel weniger verpflichtet der blosse Empfang eines Vermächtnisses zur *collatio dotis*, *L.* 10. *C. h. t.* — Uebrigens legt das Edict selbst der *dotata* diese Collation nur unter der Voraussetzung auf, dass sie *bonorum possessio* agnoscirt habe; erst ein Rescript von *D. Pius* hält sie auch dann dazu an, wenn sie sich bloss ihres civilen Erbrechts behilft, *L.* 1. *pr.* *L.* 9. *h. t.*

2. *Sui* und *emancipati* haben ein Recht auf diese Collation, aber letztere nur hinsichtlich der *dos profectitia*, jene auch hinsichtlich des *aduentitia*, *L.* 4. *C. h. t.* (*Gord.* . . . *his* . . *qui in familia defuncti non sunt, profectitiam tantummodo dotem post uarias prudentium opiniones conferri placuit*), vgl. *LL.* 3. 12. *eod.*; — überhaupt nur diejenigen, welchen ihr Erbtheil durch die Concurrenz der *sua* verkleinert wird, *L.* 1. §. 2. f. *L.* 3. *h. t.*

3. Der Betrag der Collation unterliegt der gleichen Berechnung wie bei der *collatio bonorum* (o. 4. *h.* §.), *L.* 1. §. 24. *De collat.* — Von der bereits an die *sua* zurückgefallenen *dos* hat sie auch Verzugszinsen zu entrichten, *L.* 5. §. 1. *h. t.* Zwischen *dos data* und *promissa* oder *dicta* ist kein Unterschied, nur dass, wenn sie *sub condicione promissa* ist, die Frau bloss auf den Fall der Erfüllung der Bedingung zu caviren braucht, *L.* 1. § 1. a. E. §. 7. *h. t.* — Auch die *dos*, deren Rückgabe nicht auf *Actio rei uxoriae* abgestellt, sondern durch Stipulation oder sonstigen Vertrag geregelt ist, muss conferirt werden, sobald nur die Rückgabe von der Frau oder für sie bedungen ist, *L.* 1. §. 1. *h. t.*

4. Die Bewerkstelligung der *collatio dotis* geschah wohl ordentlicher Weise dadurch, dass die *dotata* den Werth der abzugebenden Quoten sich von ihrem Erbtheile zu Gunsten der Collationsberechtigten abziehen liess, *L.* 5. *C. h. t.*, oder ihnen denselben anderweitig vergütete, oder endlich bei der *dos a defuncto parente dicta s. promissa* die Miterben libe-

rirte und die ganze Verpflichtung auf sich nahm. *L.* 1. §. 8 *ff.* *L.* 2. *C. h. t.* Die Ungewissheit des Betrages, welche bei der *collatio bonorum* die Caution als regelmässiges Auskunftsmittel veranlasste, findet bei der *dos* nicht so gewöhnlich statt, und hier scheint daher die Caution nur ausnahmsweise, wo ein Mal eine solche Ungewissheit vorlag, eingetreten zu sein, z. B. bei einer *dos sub condicione promissa, L.* 1. §. 7. *h. t.* (o. 3.), oder wenn die *dos*, deren Rückgewährung bereits fällig, durch Insolvenz des Mannes gefährdet war, §. 6. *ib.* Man darf nämlich ja nicht (mit *Fein l.* §. 37.; richtiger *Francke l.* S. 190.) glauben, dass bloss die an die Frau zurückfallende *dos* oder eine Art von Cession der *actio rei uxoriae* Gegenstand der Collation sei; vielmehr bildet die *dos* auch in der Hand des Mannes, auch als *promissa*, kurz in jeglicher Gestalt schon von ihrer Bestellung an, mit allen ihren Chancen, wenn diese nur bei gesunden Kräften sind (also abgesehen von *dos receptitia*, Insolvenz u. dgl.), effectives Vermögen der Frau und also Object schuldiger Collation; was sich selbst durch die Chance (auch durch deren Verwirklichung), dass die *dos* bei dem Tode der Frau oder sonst dem Manne verbliebe, nicht ändert, indem damit virtuell (wenn auch nicht formell) nur eine erbrechtliche Succession des letztern in diess Vermögen der Frau stattfindet. Desswegen erklärt *Papinian* in *L.* 20. *pr. Fam. herc.* die dahin geleistete Caution *Ut quod a marito reciperasset*, *pro partibus hereditariis solueret* für fehlerhaft und von dem *arbiter familiae herciscundae* beiseite zu setzen, indem die Collation (nicht, wie *Fein l.* meint, die Caution) auch auf den möglichen Fall hin, dass die Frau in der Ehe stürbe und desswegen die *dos* dem Manne bliebe, schon jetzt gewährt werden müsse. Nach *L.* 1. §. 5. *h. t.* werden bei der Collation die *impensae necessariae* abgezogen; wäre die Collation nur eine Cession der *actio rei uxoriae*, so hätte jenes keinen Sinn, weil solche *impensae dotem ipso iure minuunt*, also bei der Dotalklage von selbst in Abzug fallen.

5. Die Rechtsnachtheile, welche die Nichterfüllung dieser Collationspflicht begleiten, sind dieselben, wie bei der *collatio bonorum*, insbesondere *denegatio actionum* u. dgl., *LL.* 12. 14. *C. h. t.* Auch kann die *dotata* durch das *iudicium*

familiae herciscundae zur Collation verhalten werden, *L.* 1. *pr. ff.* *L.* 16. *C. h. t.* *L.* 20. *pr. Fam. herc.*

III. Neuere Collation des Voreinpfangs. — Die wesentliche Voraussetzung der *collatio bonorum* (o. I.) war die negative vermögensrechtliche Stellung der Kinder in väterlicher Gewalt; in demselben Maasse also, wie die Vermögensfähigkeit derselben durch das neuere Peculienrecht zunahm (o. §. 228.), musste die Collationspflicht der *emancipati* u. dgl. abnehmen.

So wird schon in *L.* 17. *C. h. t.* (*Leo*, *A.* 467.) als Gegenstand der Collation nur das bezeichnet, was der Emancipirte bei oder seit der Emancipation von dem *parens emancipator* erhalten habe, was genau der (freilich erst später vollständig eingeführten) Vermögensfähigkeit der Kinder in väterlicher Gewalt für alle Adventitien und der Beschränkung ihrer Vermögensunfähigkeit auf das *peculium profectitium* entspricht; wie denn schon im classischen Rechte das dem *peculium castrense* Analoge ausgenommen gewesen war. Und in *L.* 21. *C. h. t.* (*A.* 530. oder 532.) schliesst *Iustinian*, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf letzteres, alles, was zufolge *L.* 6. *C. De bo. q. lib.* Kinder ihrem Vater nicht mehr erwerben sollen (also alle *adventitia*), von der Collation aus.

Als endlich durch die Novellen (namentlich N. 115. u. 118.) der Unterschied zwischen *sui* und *emancipati* u. dgl. in der Erbfolge ganz aufgehoben wurde, also auch die letztern der *bonorum possessio* als eines eignen Weges zur Erbfolge gar nicht mehr bedurften, so musste die ganze bisherige Universal-Collation (*collatio bonorum*) wegfallen.

Die *Collatio dotis* dehnte K. *Leo* in *d. L.* 17. *C. h. t.* auf alle weiblichen Kinder, auch die *emancipatae*, in dem Sinne aus, dass sie bei Beerbung je desjenigen Ascendenten, von welchem die *dos* herrührte, gegenüber den gleichzeitig succedirenden Descendenten desselben (ob *sui* oder nicht) stattfinden sollte. In gleichem Sinne sollten alle männlichen Kinder die von diesem Erblasser empfangene *donatio ante nuptias* conferiren. Alles übrigens nur, wie bisher, bei *Successio ab intestato* oder *contra tabulas*.

Iustinian verordnete durch *L.* 19. *C. h. t.* (*A.* 528.), dass bei der Concurrenz von Kindern und Enkeln aus vorver-

storbenen Kindern die in *L*. 5. *C. Th. De legit. her.* (V, 1.) vorgeschriebene Collation der den lebenden oder den verstorbenen Kindern zu Theil gewordenen *dos* oder *donatio ante nuptias* gegenseitig stattfinde, und dass insbesondere diese Collation, wie auch die Abgabe des Drittheils (o. S. 273.), nicht bloss den *nepotes ex filia*, sondern allen Enkeln ohne Unterschied, zu Gunsten ihrer miterbenden Oheime und Muhmen, als lebender Kinder der zu beerbenden Person, obliege; —

und weiter durch *L*. 20. *C. eod.* (*A*. 529.): *princ.*, dass alles bei Lebzeiten empfangene, was ein Notherbe bei der *actio de inofficioso testamento* sich auf die *quarta legitima* anrechnen lassen muss, auch von dem Intestaterben zu conferiren sei, wozu insbesondere der gegenwärtige Werth einer aus den Mitteln des Erblassers erlangten *militia* gehöre; und §. 1., dass, wenn der eine Erbe eine *dos* oder *donatio ante nuptias*, aber keine einfache Schenkung, der andere umgekehrt eine einfache Schenkung, aber keine *dos* oder *donatio ante nuptias* vom Erblasser erhalten hat, dann der erstere gegen seine Collation der *dos* oder *donatio ante nuptias* ausnahmsweise auch die Collation der einfachen Schenkung von dem andern verlangen könne.

Zuletzt dehnte *Iustinian*, erst mit Beschränkung, dann allgemein, die Collationspflicht auch auf die testamentarische Erbfolge aus, *L. fi. C. Co. utr. q. iud.* (III, 38., *A*. 530.) *N*. 18. *c*. 6. (*A*. 536.).

Nach allem diesem stellt sich nun die Regel für die gesammte Collation so:

Descendenten, welche einen gemeinsamen Ascendenten beerben, sind gegen einander verpflichtet zur Collation gewisser Gegenstände, die sie von dem Erblasser bei dessen Lebzeiten empfangen haben. Von diesen Gegenständen wird im Zweifel angenommen, dass der Erblasser den Empfänger nur durch Anticipation, nicht definitiv um deren Betrag, habe begünstigen wollen.

Diese Gegenstände aber sind: a) *dos* und *donatio propter nuptias*, *d. ll.*, — b) der Vortheil von einer *militia*, *d. L*. 20. *pr. C. h. t.*, — c) Schenkungen, wenn bei deren Ver-

leihung die künftige Collation bedungen worden, *L.* 1. *C. h. t.*, und in dem vorhin gedachten besondern Fall des §. 1. *d. L.* 20.

So war also die Collation aus etwas Formellem und Allgemeinem, d. h. auf Fähigkeit und Unfähigkeit zum Vermögenserwerb gestütztem und auf das gesammte erworbene Vermögen abzielendem, etwas Materielles und Relatives, d. h. auf geschehenen bestimmten Erwerb aus dem Vermögen des Erblassers gestütztes und auf die Ausgleichung dieses materiellen Vortheils gegenüber den Miterben abzielendes, geworden.

Nähere Bestimmungen für dieses neuere System der Collation sind folgende:

1. Collationspflichtig sind alle Descendenten bei Beerbung ihres gemeinsamen Ascendenten, — *ab intestato* oder *ex testamento*, nur dass die testamentarischen Erben solche sein müssen, welche auch *ab intestato* zur Erbschaft gerufen wären. Dieselben Personen sind auch ausschliesslich collationsberechtigt. Sie conferiren also blos unter einander, und anderweitige Testamentserben werden durch die Collation weder activ noch passiv berührt. Der alte Unterschied, wonach man nur denjenigen conferirt, welchen man durch seine Erbconcurrenz Eintrag thut (o. I, 1. S. 313. u. II, 2. S. 319.) kann jetzt von selbst keine Anwendung mehr finden, weil die Collation nicht mehr die Erbberechtigung (also die Zulassung zu einer Erbschaftsquote) des Einen dem Andern zu vergüten, sondern lediglich den materiellen oder quantitativen Gehalt der einzelnen Erbtheile auszugleichen bestimmt ist, alle andern Erbtheile aber dadurch immer materiell kleiner geworden sind, dass das fragliche Vermögensstück aus dem Erbschaftsvermögen heraus und an den Collationspflichtigen kam. Wenn also z. B. der Erblasser einen Sohn und von einem vorverstorbenen Sohne eine dotirte und eine nicht dotirte Tochter hinterlassen hat, so wird jetzt die *dos* zu ¼. der Schwester und zu ½. dem Oheim conferirt werden müssen.

2. Der Betrag der Collation wird überhaupt für die Collationsverwandten so berechnet, dass jeder von dem betreffenden Vermögensstücke so viel bekommt, als wenn dasselbe sich noch jetzt in der Erbschaft befände. Von der Berechnungsweise der classischen Zeit (o. I, 4. u. II, 3.) kann jetzt

aus den so eben angeführten Gründen keine Rede mehr sein, und es ist vielmehr die zweite der oben (S. 315.) verworfenen Berechnungsarten, welche jetzt von selbst Geltung gewonnen hat. Wenn also z. B. der Erblasser seinen Sohn A., welcher ein zur Collation gelangendes Vermögensstück von 1200. erhalten hat, zu $\frac{1}{4}$, seinen zweiten Sohn B. zu $\frac{1}{4}$ und einen *extraneus* zu $\frac{1}{2}$ zu Erben eingesetzt hat, so hat A. an B. 300. abzugeben, und behält die übrigen 900. für sich.

3. Dem Conferirenden bleibt, wie früher, die Wahl, das Object der Collation in Natura oder den Werth desselben nach dem Zeitpunkte des Todes des Erblassers einzuwerfen. Verschuldete Verschlechterung kommt ihm nicht zu gute, wohl aber darf er nothwendige und nützliche Impensen anrechnen, bez. in Abzug bringen (vgl. nebenher z. B. *L.* 1. §. 5. *De dot. coll.* mit *L. un.* §. 5. *C. De R. V. A.*).

4. Der Erblasser kann die Collation erlassen, wozu es keiner formellen, wohl aber nach *N.* 18. *c.* 6. einer ausdrücklichen Erklärung bedarf, vgl. *L.* 39. §. 1. *Fa. her.*

5. Hinsichtlich der zu leistenden Caution im Falle von Ungewissheit über das Object der Collation, so wie hinsichtlich des Schutzes der letztern im *iudicium familiae herciscundae*, endlich auch hinsichtlich der Rechtsnachtheile bei Nichterfüllung der Collationspflicht, nebst dem Unterschiede zwischen *inopia* und *contumacia* u. dgl., bleibt das classische Recht der *collatio dotis* (o. II, 4. 5.), bez. *bonorum* (o. I, 7.) lediglich bestehen.

Ueber das gesammte Recht der Collation s. *W. Francke* Grundzüge der Lehre des R. R. von der Collation, in d. Civ. Abh. Göttingen 1826. 8. No. 4., *Weiske* Rechtslexicon (1841.) III, S. 809–48., *E. Fein* das Recht der Collation, Heidelberg 1842. 8.

§. 326. Uebertragung der erworbenen Erbschaft, *hereditas empta uendita* u. dgl.

Titt. ff. et C. De hereditate uel actione uendita (XVIII, 4. IV, 39.).

Von der *In iure cessio* sowohl der deferirten als der erworbenen Erbschaft ist oben §. 314. die Rede gewesen, und die Unveräusserlichkeit des erworbenen Erbrechtes selbst folgt aus dessen Unzerstörlichkeit, o. §. 316.

Gegenstand der Veräusserung kann also eigentlich nur der praktische ökonomische Erfolg des Erbrechtes sein, und so weit es sich dabei um das obligatorische Verhältniss zwischen Veräusserer und Erwerber handelt, müssen im Ganzen die Regeln der Geschäftsart, wie Kauf, Tausch, Schenkung, zur Anwendung kommen; so wie dagegen hinsichtlich des Ueberganges der zur Erbschaft gehörigen activen und passiven Rechtsverhältnisse, z. B. des Eigenthums, der Obligationen u. dgl., die eigenthümlichen Regeln von diesen und von der Singular-Succession in dieselben maassgebend sind.

Ein specifisch erbrechtliches Interesse konnten die Geschäfte, welche die Veräusserung einer Erbschaft vermitteln, nur dadurch gewinnen, dass einerseits die Erbschaft als ihr Object neben ihren vielen andern möglichen Objecten eigenthümliches genug hat, um dem ganzen Geschäft einen besondern Charakter zu verleihen, und dass anderseits ein ganz eigentlich erbrechtliches Verhältniss, nämlich das Universal-Fideicommiss (u. §. 338.), lange Zeit den wichtigsten Theil seiner Theorie nicht aus sich selbst heraus bildete, sondern gerade von diesem Rechtsgeschäfte unter Lebenden, dem Kauf und Verkauf einer Erbschaft, entlehnte, dieses also in weitem Maasse für jenes zum Typus wurde, wie man denn auch fortwährend wie zwei Arten des Erbschaftsverkaufes die *hereditas, quae negotiationis caussa*, und *quae ex fideicommissi caussa ueniit*, unterschied, *L.* 48. *De H. P.* (*L.* 17. *De transact. L.* 32. *Ad SC. Treb.*); vgl. *L.* 13. §. 5. *De H. P.*, wo beide Figuren in Wirklichkeit vereinigt sind.

Die Regeln des Erbschaftsverkaufes sind folgende:

1. Gegenstand des Verkaufes (oder irgend eines andern Veräusserungsgeschäftes) kann zunächst jede Erbschaft einer

bestimmten Person vom Zeitpunkte deren Todes an sein. Hat diese Person nicht existirt oder keine Erbschaft hinterlassen, oder ist sie noch am Leben, so ist das Geschäft in der Art und Maasse wie bei nicht existenten Sachen überhaupt (o. §. 118.) ungültig, *LL.* 1. 7. *h. t.*, wobei im letztern Falle noch die Rücksicht hinzu tritt, dass es für unsittlich gilt, die Erbschaft eines noch lebenden Menschen zum Gegenstand irgend welcher Rechtsgeschäfte zu machen, *L.* 29. §. 2. *De donat. L.* 25. §. 6. *De A. v. O. H. L.* 2. §. 3. *De his q. ut ind. L.* 30. *C. De pac.* Demnächst kann eine wirkliche Erbschaft entweder so verkauft werden, dass der Verkäufer sein sicheres Erbrecht, unter Verantwortlichkeit für dasselbe, zum Gegenstand des Geschäftes macht (was der gewöhnliche Fall ist), oder aber nur die Chance eines solchen als eines ungewissen, *LL.* 7–13. 16. *h. t.* Und wie endlich die ungewisse Chance irgend welcher unbestimmten Erbschaft zum Gegenstand des Verkehres gemacht werden kann, zeigt *L.* 3. §. 2. *Pro socio.*

2. Aus dem Geschäfte entstehen folgende Rechte und Verbindlichkeiten:

a) Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer alle Vortheile der Erbschaft (abgesehen von besonderm Vorbehalte, *L.* 2. §§. 12–14. *L.* 25. *h. t.*) zu überlassen und die hiefür erforderlichen Rechtshandlungen, wie Tradition, Cession u. dgl., zu vollziehen, *L.* 2. §. 3. *L.* 14. *h. t.* Auch Forderungen, die er selbst von Erbschaftswegen neu erworben hat, muss er abtreten, *L.* 2. §. 8. vgl. §. 7. *h. t.*, und den eingegangenen Betrag von Erbschaftsforderungen, so wie den Erlös von verkauften Erbschaftssachen herausgeben, *L.* 2. §. 3. *h. t.*, wobei er zudem für Verkäufe, die er seit dem Erbschaftsverkaufe bewirkt hat, überhaupt wie ein *negotiorum gestor* verantwortlich ist, *L.* 21. *ff. L.* 6. *C. h. t.* War er des Erblassers Schuldner gewesen, so muss er die confundirte Schuld als in die Kaufsobligation devolvirt dem Käufer bezahlen, *L.* 20. *L.* 2. §. 6. *h. t. L.* 37. *pr. De pecul.* Ueberhaupt muss er alle effectiven Vortheile, die ihm als Erben und von der Erbschaft und ihrer einzelnen Theile wegen zugefallen sind oder noch zufallen, immerhin nach Maassgabe des ersichtlichen Contractwillens, abgeben, *L.* 2. §§. 1. 2. 4. 7. *L.* 25. *h. t.*, wobei

ihm auch das als zugefallen angerechnet wird, *quod dolo malo* (inbegriffen *culpa lata*) *fecit quominus ad se perveniret*, *L.* 2. §. 5. *h. t.* Wegen Schädigungen irgend welcher Art haftet er von dem Verkaufe an für *dolus* und *culpa*, *L.* 2. *h. t.* Evictionsleistung und sonstige Nachwährschaft ist er für die Erbschaft im Ganzen, nicht auch für die einzelnen Bestandtheile, schuldig, *L.* 1. *C. De evict.* *L.* 2. *pr.* *LL.* 8. 13. 14. §. 1. *L.* 16. *h. t.* In besondern Fällen findet, zufolge des abweichenden Vertragswillens, selbst das erstere nicht statt, *d. LL.* 10–13. *h. t.* (o. §. 326.). Von dem etwaigen Testamente gebührt dem Käufer eine Abschrift, während das Original dem Verkäufer verbleibt oder *in aede sacra* u. dgl. deponirt wird, *L.* 4. §. 3. *Fa. her.*

b) Der Käufer ist neben dem *pretium* (*L.* 22. *h. t.*) auch schuldig, dem Verkäufer allen nachtheiligen Erfolg der Erbschaft abzunehmen, *L.* 2. §. 9. *h. t.* Er muss also ersetzen oder sich abziehen lassen, was dieser für das Begräbniss des Erblassers oder für Steuern und Abgaben oder für Vermächtnisse, Erbschaftsschulden oder sonst bei Verwaltung der Erbschaft ausgelegt hat, *L.* 2. §§. 15–17. *ff.* *L.* 2. *C. h. t.* Aber auch schon Verpflichtungen, welche der Verkäufer gegen dritte Personen von wegen der Erbschaft übernommen hat, muss der Käufer ihm abnehmen und auf sich übertragen, *L.* 2. §. 20. *h. t.*, und auch gerichtlich für solche sowohl als für eigentliche *hereditariae actiones* an des Verkäufers Statt gegen die Creditoren als *defensor* eintreten. Forderungen des Verkäufers an die Erbschaft, oder welche ihm sonst als Erben confundirt sind, ebenso confundirte Servituten u. dgl., muss der Käufer anerkennen, bezüglich wieder in Kraft setzen, *L.* 2. §. 18. *f.* *L.* 24. *h. t.* *L.* 9. *C. Co. praed.*

3. Gegenüber dritten Personen bleibt der Erbe weiterst insofern in unveränderter Stellung, als durch seinen Verkauf der Erbschaft jene an ihren Rechten keinerlei Abbruch erleiden dürfen. So bleibt es den Erbschaftsgläubigern und Legataren nach wie vor unbenommen, mit ihren Forderungen den Erben selbst zu belangen, ohne dass er sie (abgesehen von geordneter Defension) an den Käufer verweisen könnte, *L.* 2. *C. h. t.* *L.* 2. *C. De legatis.* Er muss sich ordentlicher Weise auch mit der *Hereditatis petitio* belangen lass

sen, weil er in dem *pretium* oder der Forderung desselben die Erbschaft zu besitzen scheint, *L.* 13. §. 4. vgl. *L.* 16. §. 5. *De H. P.* Nur ausnahmsweise und im Interesse des Klägers wird die *hereditatis petitio* als *utilis* gegen den Käufer verstattet, *d. L.* 13. §§. 4. 5. 8. *De H. P.*, und ein Privilegium des Fiscus ist es, dass er als Verkäufer einer Erbschaft weder von einem Erbansprecher mit *hereditatis petitio* noch von den Erbschaftsgläubigern und Legataren in Anspruch genommen werden darf, sie alle vielmehr sich an den Käufer zu halten haben, *L.* 13. §. 9. *De H. P.*, *L.* 41. *De I. F.*, *L.* 1. *C. h. t.*, wie denn auch umgekehrt der letztere mit einer Universalklage *ad exemplum hereditatis petitionis fideicommissariae* begünstigt wird, *L.* 54. *De H. P.* (o. S. 279. vgl. *L.* 4. §. 28. *De dol. exc.*, wo zwar die *Her. Pet.* Einem *qui a priuato emit* zugeschrieben wird, aber einem solchen, dem die *hereditas delata in iure* cedirt und der also durch eigne Antretung wirklicher Erbe geworden, Gai. II, 35., o. S. 293.). Sonst kann ein gewöhnlicher Erbschaftsverkäufer den Gläubigern u. dgl. erst dann sich entziehen, wenn diese mit Wissen und Willen den Käufer als ihren Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend (durch schlüssige Handlungen) angenommen haben, *L.* 2. *C. De pac.* Umgekehrt stehen Verkäufer und Käufer gegenüber den Erbschaftsschuldnern u. dgl. im gewöhnlichen Verhältnisse von Cedenten und Cessionar, so dass z. B. dem Käufer von Seite des Erbschaftsschuldners auf Grund des Vergleiches, welchen dieser, ohne von dem Verkaufe zu wissen, mit dem Verkäufer nach geschehener Cession der Klage abgeschlossen hat, die *Exc. transacti negotii* entgegen steht, *L.* 17. *De transact.*, wiewohl ihm (dem Erbschaftskäufer) die *A. hereditariae* auch ohne Cession als *utiles* gewährt zu werden pflegen, *L.* 5. *C. h. t.*, und dem Verkäufer hinwieder auf Grund eines mit dem Käufer abgeschlossenen *pactum* von dem Erbschaftsschuldner die *exceptio doli* opponirt werden kann, *L.* 16. *pr. De pac.* Der Käufer kann auch gegenüber den Legataren die Rechte des Erben ohne weiteres geltend machen, z. B. auf baldige Ausübung einer *optio legata* *L.* 13. §. 1. *De opt. leg.*, oder *e lege Falcidia*, nur dass es in letzterer Beziehung das *ius publicum* nicht verletzt, sondern gültig ist, wenn der Verkäufer die volle Leistung der Ver-

mächtnisse ohne Abzug dem Käufer anbedungen hat, *L.* 71. *Ad L. Falc.*

4. So weit die unter 2. erwähnten gegenseitigen Verpflichtungen nicht sofort bei dem Abschlusse im Einzelnen übersehen und bei der nächstliegenden Vollziehung des Geschäftes erfüllt werden konnten, pflegten dieselben in gegenseitige Stipulationen (*repromissiones*, nicht *satisdationes*), welche die Natur des Rechtsgeschäftes regelmässig mit sich brachte, aufgenommen zu werden; namentlich wurde darin gedacht, auf der einen Seite des *restituere quod ad uenditorem peruenisset* nebst der ihm obliegenden Klagen-Cession, und anderseits seiner Indemnität für künftige Condemnationen und Auslagen, so wie der Defensionspflicht des Käufers, *Gai. l.* (II, 252.) §. 6. *I. De fid. her.* u. *Theoph.* zu §. 3. *eod.* *L.* 50. §. 1. *De V. O.*, *L.* 97. *De V. S.*, *L.* 37. *pr. De pecul.*, vgl. *L.* 29. §. 3. *De legat.* 3º. *L.* 23. *De A. E. V.*

Diese Stipulationen mögen, abgesehen von dem, was der einzelne Fall besonderes veranlasste, ganz ungefähr so gelautet haben:

a) Stipulatio emptoris:

QUANTA PECUNIA EX HEREDITATE L. TITII AD TE PERUENERIT DOLOUE MALO TUO FACTUM EST ERITUE QUOMINUS PERUENIRET, TANTAM PECUNIAM RECTE MIHI RESTITUERE, QUARUM RERUM ACTIO PETITIO PERSECUTIO OB EAM HEREDITATEM TIBI QUAESITA ERIT, EARUM RERUM NOMINE SUAM CUIUSQUE ACTIONEM PETITIONEM PERSECUTIONEM MIHI PRAESTARE PATIQUE ME PROCURATORIO AUT COGNITORIO NOMINE EXEQUI, TUM AB OMNI EA RE DOLUM MALUM ABESSE ABFUTURUMQUE ESSE SPONDESNE?

b) Stipulatio uenditoris:

QUANTAE PECUNIAE HEREDITATIS L. TITII NOMINE SINE FRAUDE MEA CONDEMNATUS FUERO SIUE QUID ALIAS EIUS HEREDITATIS NOMINE DEDERO SIUE PRAESTITERO, HIS REBUS RECTE PRAESTARI (oder *eo nomine indemnem me facere*), ET QUARUM RERUM ACTIO PETITIO PERSECUTIO MECUM ERIT, EARUM RERUM NOMINE RECTE ET UTI OPORTET ME DEFENDERE, AB EAQUE RE OMNI DOLUM MALUM ABESSE ABFUTURUMQUE ESSE SPONDESNE?

Ueber Einzelnes vergleiche noch zu *a*): *L.* 2. §§. 3. 5. 8. *L.* 25. *h. t.* *L.* 73. *De V. S.*; zu *b*): *L.* 2. §§. 7. 10. 11. 15–20. *h. t.* *L.* 71. §. 1. *L.* 76. *De V. S.*

3. Wie übrigens obige Stipulationen den gesammten Inhalt der Kaufs-Obligation keineswegs erschöpften, so wird anderseits letztere auch hinsichtlich des concurrirenden Inhaltes dadurch nicht novirt, vielmehr kann die Contractklage (*Actiones empti et uenditi*) nach wie vor anstatt der *A. ex stipulatu* gebraucht werden, *L.* 2. §§. 10. 1. 13. 15. 19. *LL.* 16. 18. 20. *pr.* 24. *h. t.*

---

§. 334. Klagen aus Legaten.

Adde Titt. ff. Ut legatorum (XXXVI, 3.), *ff. et C. Ut in possessionem legatorum* (XXXVI, 4. VI, 54.), *Quod* (*Quorum*) *legatorum* (XLIII, 3. VIII, 3.).

Bei dem *Legatum per uindicationem* steht dem Legatar sofort von dem Zeitpunkte des Erwerbes an die betreffende *In rem actio* (*rei* oder *iuris uindicatio*, z. B. auch *actio confessoria*, *negatoria*) zu, *Gai. d.* §. 194. vgl. z. B. *L.* 8. §. 2. *L.* 24. §. 4. *L.* 34. §. 14. *L.* 69. §. 1. *L.* 81. §§. 7. 10. *L.* 86. §. 1. *L.* 94. §. 2. *L.* 101. *pr.* *L.* 116. §. 1. *De leg.* 1° *LL.* 6. 19. 20. 23. 26. *eod.* 2° *L.* 3. *De seru. leg. L.* 12. §. 7. f. *Quan. di. leg. L.* 1. §. 17. *Ut legat.*

Bei dem *Legatum per damnationem* galt ursprünglich das Recht des *Nexum* (o. §. 115.), also *Manus iniectio*, wohl immer *pura* (*Kel. C. Pr.* §. 19.), mit ihrer allgemeinen Folge, der *condemnatio in duplum contra infitiantem*, und der Ausschliessung der *condictio indebiti*, *Gai.* II, 283. *Ulp.* XXIV, 33. (o. §. 156.); doch mag das in alter Zeit bloss für *certa pecunia legata* stattgefunden haben, sonst *sacramentum*, denn *condictio e lege Calpurnia* (*Kel. C. Pr.* §. 18. *Huschke* Nex. S. 221.). Sicher galt später die *condemnatio in duplum* bloss für *pecunia* und *res certa legata*, *d.* §. 7. *I. De obl. quae ex contr.* *Gai. IV*, 9. (. . . *damni iniuriae legis Aquiliae aut legatorum nomine*, *quae per damnationem certa relicta sunt*, nach *Huschke*, vgl. *Kel. C. Pr.* §. 58. N. 681.) 171. II, 282. vgl. *Paul.* I, 19, 1.), und die *nexi liberatio* nur bei *res quae numero pondere mensura constant*, was bei den letztern (*mensura*) noch bestritten war, *Gai.* III, 175. vgl. *Cic. de*

LL. II, 20. f. (. . . *ut per aes et libram heredem testamenti soluant, et eodem loco res sit, quasi ea pecunia legata non esset, si is rel.*, s. auch R. G. §. 35.).

Nach Abschaffung der *Legis actiones* (*Kel.* C. Pr. §. 23.) trat für *certa pecunia legata* die ordentliche *actio de pecunia certa credita* oder *condictio certi* (das. §. 25. §. 58. u. w.), für andere bestimmte Sachen die *actio de certa re* (das. §. 25. §. 67.) ein, beide im Verfolg mit Aufnahme der *causa testamenti* in die *intentio*, *Gai.* IV, 55., II, 204.; für *incerta* endlich die *actio ex testamento incerta*, welche wohl ungefähr gleichzeitig mit der *actio ex stipulatu incerta* aufgekommen ist (*Kel.* C. Pr. §. 88.).

Fälle mit *actio de pecunia certa credita* s. z. B. in *L.* 8. *De usufr. ea. re. L.* 48. §. 1. *De I. D.* (vgl. *L.* 71. §. 3. *De C. et D.*) *L.* 8. §. 1. f. *L.* 71. §. 2. *L.* 84. §. 6. *De legat.* 1º *L.* 8. §. 4. *L.* 82. *pr. eod.* 2º *L.* 1. *De penu. L.* 1. §. 17. *Ut legat.*

Fälle mit *actio de certa re: L.* 2. *Si us. pet. L.* 71. §. 3. *L.* 82. §. 1. *L.* 84. §§. 2. 5. *L.* 91. §. 7. *De legat.* 1º *L.* 76. *pr.* §. 2. *L.* 82. *pr.* a. E. *eod.* 2º *L.* 12. *De auro. L.* 36. §. 3. *Ad L. Falc. L.* 48. *De fid. lib.*

Fälle mit *actio incerta: L.* 46. §. 1. *De usufr. L.* 5. §. 3. *Qui. mo. ususfr. L.* 8. *De usufr. ea. re. L.* 1. §. 2. *Si us. pet. L.* 5. *pr. De A. E. V. L.* 24. §. 5. *Locati. L.* 39. §. 2. *L.* 44. §. 5. f. *L.* 49. §§. 6. 8. 9. *L.* 69. §. 2. *L.* 75. §§. 3. 4. *L.* 86. *pr. De legat.* 1º *L.* 66. §. 6. *L.* 73. *eod.* 2º *L.* 6. *L.* 30. §. 1. *De us. et us. L.* 3. §. 3. *L.* 4. *L.* 8. §. 6. *L.* 10. 11. *De lib. leg. L.* 19. §. 3. *Quan. di. leg. L.* 20. f. *De exc. r. iud. L.* 15. *Ra. r. ha.*

Die gedachten drei *actiones in personam* dienen nicht bloss zur Einforderung des Legates im Ganzen, sondern auch zur Geltendmachung etwaiger Nach-Ersatz- und Nachwährschafts-Forderungen, *L.* 58. *De euict. L.* 82. *pr.* §. 1. *L.* 108. §. 11. *L.* 116. §. 4. *De legat.* 1º *L.* 66. §§. 4. 6. *eod.* 2º *L.* 29. §. 3. *eod.* 3º *L.* 12. *De auro*, so dass eigentlich nur da, wo die Klage für den erstern Zweck (für die Hauptsache) schon angestellt, und deswegen, zufolge der Consumtion, für die andern Punkte später nicht mehr zu brauchen war, auf die letztern *in iudicio* durch Cautionen *de euictione* u. dgl. Bedacht genommen werden musste, *L.* 71. §. 1. *De legat.* 1º vgl. *L.* 45. §. 1. *L.* 56. *eod.*

Weiter dienen aber jene persönlichen Klagen auch für das *legatum per vindicationem*, und zwar vorerst *ex SCto Neroniano* (o. §. 328.) da, wo dasselbe nur als solches nicht zu Recht besteht, sodann auch wenn dasselbe zwar gültig gegeben, aber durch eingetretene Ereignisse in die Lage gekommen ist, nicht durch Vindication, sondern nur durch eine auf Verantwortlichkeit des Erben gestützte Klage geltend gemacht werden zu können, *L.* 7. §. 5. *De dolo.* *L.* 5. §. 3. *Qui. mo. usufr.*, endlich überhaupt zufolge der dem Legatar zustehenden freien Wahl, ob er das Vindicationslegat mittelst Vindication oder *actio in personam* einklagen wolle, *LL.* 33. 84. §. 13. *LL.* 85. 86. §. 1. *L.* 108. §. 2. *De legat.* 1o *L.* 66. §. 5. *L.* 76. §. 8. *eod.* 2o *L.* 3. *C. eod.* *L.* 36. §. 3. *Ad L. Falc.*

Das *Legatum sinendi modo*, als Abart des *Legatum per damnationem*, kann ebenfalls nur durch *Actio in personam* verfolgt werden, und von den drei vorgedachten Klagen dieser Art fand hier nur die dritte, die *Actio incerta ex testamento*, statt, *Gai. d.* §. 213.; was sich auch in dem Falle nicht anders verhalten haben kann, wo das *Legatum sinendi modo* als solches nicht zu Recht besteht und deswegen *ex SCto Neroniano* unter dem Gesichtspunkte eines *Legatum per damnationem* aufrecht zu halten ist; wie denn die bei *Gaius l.* §. 214. f. erwähnten materiellen Controversen (o. §. 328.) die Form der Klage nicht berührt zu haben scheinen.

Fälle des *Legatum sinendi modo*: *L.* 2. *De annuis.* *L.* 14. *De us. et us.*

Für das *Legatum per praeceptionem* äusserte die oben (§. 328.) erwähnte Controverse, nach welcher die Proculianer diese Form als eine Abart des *Legatum per vindicationem* behandelten, während die Sabinianer darin eine blosse Modification der Erbtheilung erkannten, insbesondere auch in der vorliegenden klagrechtlichen Beziehung ihre Wirksamkeit. Der erstern Meinung zufolge stand nämlich das *Legm. per praeceptionem* auch klagrechtlich unter der Regel des Vindications-Legates, nur dass neben dessen Klagen auch das *Iudicium familiae herciscundae* zur Geltendmachung benutzt werden konnte. Nach der andern Meinung dagegen sollte letzteres das einzig zulässige Organ sein, durch welches das Präceptionslegat einzuklagen wäre, höchstens mit

Vorbehalt des Nothfalles, wo ein Präceptionslegat als solches formell nicht zu Recht bestand und daher *ex SC^to Neroniano* durch die Rechtsmittel des Damnationslegates aufrecht zu halten war, *Gai. d.* §§. 219. 222. Und wie man schon zu Gaius Zeit für die Proculianische Meinung sich auf eine Verordnung von Hadrian berief, *Gai. ib.* §. 221., so scheint dieselbe auch in der spätern classischen Zeit die Oberhand gewonnen zu haben.

Klagefälle aus *Leg^m per praeceptionem* s. z. B. in *L.* 22. §. 1. *L.* 25. §. 22. *LL.* 26. 28. 33. *Fam. herc.* *L.* 17. §. 2. *L.* 67. *pr.* 87–90. 91. §. 2. *De legat.* 1° *L.* 77. §. 8. *eod.* 2° *L.* 32. *eod.* 3° *L.* 18. *De leg. prae.* *L.* 1. §. 6. (vgl. §. 4.) *Quod legat.* *L.* 4. §. 11. *De dol. exc.*

Endlich schrieb Justinian (in Zusammenhang mit der Verordnung, wovon u. §. 337.) vor, dass jedem Legatar (und Fideicommissar) theils eine *actio in rem*, so weit möglich, theils eine *actio in personam* zustehen sollte, dazu eine *actio hypothecaria* hinsichtlich aller Erbschaftsachen, welche auf den Belasteten gekommen wären, *L.* 1. *C. Co. de legat.* (VI, 43. A° 529.) *d.* §. 2. *I.* Das *duplum* aber sollte noch derjenige Belastete leisten, welcher ein Vermächtniss *ad pias causas* auf das Verlangen des Bischofs nicht gewährte, sondern es darüber zur gerichtlichen Klage kommen liesse, *L.* 46. §. 7. *De episc. et cler.* §§. 19. 26. *I. De legat.*, gleichwie denn auch nur bei solchen Vermächtnissen die Ausschliessung der *condictio indebiti* fortgelten sollte, *d.* §. 7. *De obl. qua. ex contr.* vgl. *L.* 4. *C. De cond. ind.*

Noch sind folgende specielle Rechtsmittel zu beachten:

A. Bei Vermächtnissen, welche einem rechtmässigen Verzuge unterliegen, wegen *dies*, *condicio* oder Streitigkeit, kann der Honorirte in der Regel von dem Belasteten für die künftige bez. eventuelle Leistung Satisdation verlangen; welche Vorschrift zunächst bloss für das Damnationslegat bestimmt gewesen zu sein scheint, *L.* 1. *pr. h. t.* *Ulp. Legatorum nomine satisdari oportere Praetor putauit, ut, quibus testator dari fieriue uoluit, his diebus detur uel fiat, dolumque malum abfuturum stipulentur*, vgl. §§. *seqq. ib.* *L.* 3. *L.* 5. §. 1. *L.* 10. *L.* 14. *pr.* *L.* 15. *pr.* §. 2. *eod.*; unzweifelhaft aber auch dem Vindicationslegat, so weit als diesem persönliche Kla-

gen audienten, zu gute kam, *L.* 9. §. 4. *Ad exhib.* Da das Vermächtniss, für welches zu caviren ist, weder fällig, noch auch nur bereits gewiss oder unzweifelhaft rechtsgültig zu sein braucht, so wird auch die Caution so gefasst, dass sie nicht weiter als das Vermächtniss selbst Gehalt und Wirksamkeit erlangen kann; wonach denn z. B. in dem Falle, wo dieselbe Sache Zweien, jedem unter entgegengesetzter Bedingung, oder nur einem derselben, aber ungewiss welchem, vermacht ist, der Belastete beiden die Caution leisten kann ohne alle Gefahr, mehr als einem verbunden zu werden, *L.* 1. §. 14. *LL.* 3. 16. *h. t.* *L.* 9. §. 1. *Ut in po. leg.* *L.* 1. *C. eod.* vgl. *L.* 8. f. *h. t.*; ingleichen auch die Frage, ob aus der Caution die *res legata* oder deren *pretium* zur Leistung komme, sich lediglich nach dem Inhalte der *obligatio legati* und dessen Entwickelung beantwortet, *L.* 1. §. 16. *h. t.* Doch wird die Caution vom Prätor abgeschlagen, wenn die Gewissheit schon vorliegt, dass das Vermächtniss ungültig sei oder sonst keine Forderung daraus stattfinden werde, *L.* 5. §. 2. *L.* 14. §. 1. *h. t.* *L.* 1. §. 3. *Ut in po. leg.* (*per aes et libram solutum?*) *L.* 3. §. 1. *eod.*, wie denn auch demjenigen die Caution versagt wird, welcher den Werth des Vermächtnisses in sich selbst findet, d. h. dem Schuldner des Erblassers, wenn ihm dieser die Liberation vermacht hat, *L.* 1. §. 2. *Ut in po. leg.*, vgl. *L.* 5. *pr. De dol. exc.* Sonst ist die Cautionspflicht sowohl von dem Betrage des Vermächtnisses, *L.* 13. *Ut in po. leg.*, als auch von Stand und Vermögen des Belasteten, *L.* 1. §. 1. *h. t.* unabhängig, nur dass bei ungewissem Betrage eine *Taxatio* des Magistrats eintreten kann, *L.* 6. *pr. h. t.*, und dass dem Fiscus die Caution nicht obliegt, *L.* 1. §. 18. *h. t.*, den Städten aber bis auf eine *repromissio uoluntati defuncti statum iri* erlassen zu werden pflegt, *L.* 6. § 1. *h. t.* Für einen besonders gearteten Fall wurde auch einem Vater oder Herrn, gegenüber dem aus der *potestas* entlassenen Kinde oder Sclaven, blosse Expromission mit Generalpfandrecht aufgelegt, *L.* 7. *h. t.* Dass die *satisdatio* ordentlicher Weise durch Bürgen (wohl *sponsores*, etwa auch *fidepromissores*, vgl. *L.* 4. *Ut in po. leg*, *quod fideiussor decesserit* ... mit *Gai.* III, 120. IV, 113.) zu leisten ist, es wäre denn, dass der Honorirte sich mit Pfändern oder *repromis-*

sie begnügte, *L.* 2. §. 3. *Quod leg. L.* 61. *De V. S.*, entspricht der allgemeinen Regel, *L.* 7. *De stip. praet.* vgl *L.* 16. *h. t. L.* 1. *pr. Ut in po. leg.* — Wenn bei streitigem Vermächtniss die gewöhnliche Processverzögerung durch Herbeiführung sofortigen Entscheides vermieden werden kann, so kann der Belastete sich die Caution ersparen, *L.* 3. *pr. Ut in po. leg.*, wie umgekehrt der Fideicommissar, welcher die Cognition ohne Cautionsbegehren eingeleitet hatte, auch nach dem ersten Entscheid, wenn sich ihm erst jetzt durch das von dem Belasteten ergriffene Rechtsmittel die Aussicht auf grössern Verzug eröffnet, das Cautionsbegehren nachholen konnte, *L.* 5. §. 1. *h. t.*: — beides Erscheinungen, welche wohl der *fideicommissaria cognitio* (*extra ordinem*) eigenthümlich waren, wogegen das Cautionsbegehren ausgeschlossen blieb, wenn der Legatar erst seine ordentliche *actio* erhoben und bis zur *Litis contestatio* fortgeführt, damit also seine Forderung *in litem* deducirt und novirt oder *quasi* novirt (*Kel. C. Pr.* §. 60.) hatte, *L.* 1. §. 9. *h. t.* vgl. aber auch *L.* 9. *pr. Ut in po. leg.*

Uebrigens kann zufolge eines besondern Rescriptes von *D. Marcus* diese Caution durch Verfügung des Testators erlassen werden, *L.* 2. vgl. *LL.* 4. 7. *C. h. t. L.* 18. *pr. h. t. L.* 1. *pr. L.* 5. §. 18. *Ut in po. leg. L.* 41. §. 14. *De leg.* 3°, und gilt für erlassen, wenn das Vermächtniss unter der Bedingung, dass sie nicht gefordert werde, gegeben ist, *L.* 12. *h. t. L.* 72. §. 2. *L.* 77. §. 3. *De C. et D.*

Abgesehen von solchem Erlass liegt die Caution für Legate zunächst dem belasteten Testamentserben, *L.* 1. §§. 6. 12. *h. t.*, demnächst aber auch dem *bonorum possessor*, *L.* 1. §. 8. *eod. L.* 5. §. 13. *Ut in po. leg.*, dem Universal-Fideicommissar, welchem *ex SC^to^ Trebelliano* restituirt ist, *L.* 1. §§. 7. 19. *L.* 4. *L.* 15. §. 1. *h. t. L.* 8. *Ut in po. leg.*, und demjenigen ob, welchen *ex edicto Si quis omissa caussa* (§. 342.) haftet, *L.* 13. *h. t.*, für Fideicommisse aber auch jedem ausser diesen Personen möglichen Belasteten, *L.* 1. §. 10. f. *L.* 14. *pr. L.* 15. §. 2. *h. t. L.* 41. §. 14. *De leg.* 3°. Der belastete Erbe u. dgl. haftet aber für die Caution und aus derselben nur zu seinem effectiven Erbtheil, *L.* 1. §. 19. (vgl. §. 12.) *L.* 17. *L.* 18. §. 2. *h. t.*, es wäre denn, dass er absichtlich auch für einen andern Erbtheil cavirt hätte, *L.* 5. §. 11. *Ut in po. leg.* vgl. *d. L.* 18. §. 2.

In einem besondern Falle, wo ein *Libertus* seinen Patron zum Pflichttheil eingesetzt und ihm ein Legat gegeben, zugleich aber ein äquivalentes Fideicommiss aufgelegt hatte, sollte (zufolge des patronatischen Notherbrechtes) die Caution für letzteres nicht von dem Patron als beschwertem Legatar, sondern von dem Miterben desselben geleistet werden, *L.* 44. *pr. De bo. lib.* Aus ähnlichem Grunde fand diess auch in andern Fällen statt, *L.* 5. §. 30. *Ut in po. leg.* Ausser dem Legatar und Fideicommissar selbst steht die Cautionsforderung auch dessen *procurator*, nöthigenfalls unter *cautio de rato* oder mit *exceptio procuratoria* und andern Clauseln, *L.* 1. §§. 4. 15. *h. t. L.* 8. §. 2. *Ut in po. leg. L.* 39. §. 3. *De dam. infe.* vgl. *L.* 3. *De stip. praet.*, so wie nach dem Anfall auch den Erben derselben u. dgl., *L.* 1. §. 3. *h. t.*, zu, welchem letztern es nicht widerspricht, dass nach *d.* §. 15. der *procurator*, welcher für den Legatar Caution verlangt, eine *exceptio* für den Fall aufnehmen muss, dass dieser jetzt nicht mehr am Leben wäre. Ist ein Sclave oder ein Kind *in potestate* bedacht, so steht die *cautio* dem Inhaber der *potestas* zu, *L.* 1. §. 5. *h. t.*, doch mit bedingter Fassung, wenn *die cedente* die *potestas* noch daure, §. 20. *ib. L.* 2. *eod.*, wobei man sich denn mit der Zeit herbei liess, zugleich unter der entgegengesetzten Bedingung auch dem *filiusfamilias* (*durante potestate*) die Caution zu gestatten, *L.* 3. *h. t.* vgl. mit *d.* §. 20. u. *L.* 50. *Ad SC. Treb.*, und, wie in andern Fällen, Mittel gefunden zu haben scheint, auch dieser Caution für den *sui iuris* Gewordenen zur Wirksamkeit zu verhelfen, vgl. *L.* 46. *De her. inst. L.* 10. §. 1. *De fidei.* u. dgl.

Ueber den Ort der Cautionsleistung s. *L.* 5. §. 3. *h. t.*, über die Zeit: *L.* 1. §. 4. *L.* 2. *Ut in po. leg.*, über die Formel: *L.* 1. *pr.* §. 15. *L.* 10. *h. t. L.* 39. §. 3. *De dam. infe.*, über die Erneuerung der Caution: *L.* 3. §. 3. *L.* 4. *Ut in po. leg.*, und über die Rückforderung und sonstige Folge einer zur Ungebühr geleisteten Caution: *L.* 1. *pr. Ut in po. leg. L.* 15. §. 1. *L.* 1. §. 19. *h. t.*

Endlich erliess K. *Zeno* für zwei bestimmte Fälle von Universal-Fideicommiss (für welches sonst die gewöhnliche Regel der Caution galt, *L.* 4. *C. h. t. L.* 2. §. 46. *Ad SC. Tert.* u. a.) eine besondere Verordnung in *L.* 6. §. 1. *C. Ad SC. Treb.* (VI, 49. A° 489.) dahin: Wenn Vater oder Mutter a) bei Ein-

setzung mehrerer Kinder einem oder mehrern derselben auferlegt hat, dass, wenn es ohne Kinder versterbe, es sein Erbtheil dem oder den überlebenden Geschwistern restituire; oder b) einem eingesetzten Kinde aufgelegt hat, dass es sein Erbtheil dereinst einem oder mehrern seiner eignen Kinder, Enkel u. s. w. restituire: so soll die Caution wegfallen, es wäre denn, dass der Testator sie besonders vorgeschrieben hätte, oder dass im zweiten Falle (*litt. b.*) der Fiduciar oder die Fiduciarinn zur weitern Ehe schritte. Und diese Verordnung wird in *N.* 21. *c.* 41. im Sinne einer Strafe der Wiederverehlichung bestätigt, ihr Inhalt aber so angeführt, als ob sie sich auf jedes Legat mit *condicio* oder *dies,* welches der Vater (oder die Mutter) einem Kinde zu Gunsten dessen Kindes aufgelegt hätte, bezöge.

B. Wenn nun dem Honorirten die edictmässige Satisdation, wie beschrieben, auf sein Verlangen nicht geleistet wird, oder wenn er sein Verlangen nicht an den Mann bringen kann (d. h. *si per eum non stat*, *quominus ei caueatur*), *L.* 1. §. 1. *h. t.* (*Ut in po. leg.*), so kann er *missio in bona testatoris* (*legatorum seruandorum caussa, Kel.* C. Pr. §. 78.) begehren, so weit sie dem Belasteten zugefallen sind, *L.* 1. §. 2. *L.* 4. *L.* 5. §§. 1. 11. *L.* 13. *Ut legat.* *L.* 5. § 28. *L.* 13. *h. t.* Er erhält dadurch Detention mit und neben diesem, *obseruantia et custodia,* mit eigner Verwaltungsbefugniss, so weit nöthig, *L.* 5. *pr.* §§. 1. 22. *h. t.*, *L.* 12. *Qui. ex cau. in po.*, und durch die Besitzergreifung entsteht an den einzelnen Sachen ein *praetorium pignus,* welches den *missus* gegen spätern Verkauf oder Verpfändung sicher stellt, *LL.* 3. 5. *C. eod.* Mehrere Imploranten werden neben oder hinter einander in gleichem Rechte immittirt, *L.* 5. §. 2. f. *h. t.* Und die weiblichen Descendenten so wie die Wittwe des Erblassers, wenn sie ledig und ohne Vermögen sind, dürfen sich aus den *bonis* erhalten (*in caussa uescendi deminuere*), *L.* 14. *h. t.* Diese Immission dauert so lange bis für das Vermächtniss edictmässig cavirt oder wirkliche Befriedigung gewährt ist, *L.* 6. § 1. *L.* 5. §§. 1. 26. *h. t.*, und wird gegen jede Störung in Apprehension oder Beibehaltung durch das allgemeine Interdict *Ne uis fiat ei qui in possessionem missus est* (welches in dieser Anwendung *perpetuum* ist) oder nach der Wahl des

missus auch *extra ordinem* geschützt, *L.* 5. §. 27. *h. t. L.* 1. §§. 2. 8. *L.* 3. *pr. Ne uis fiat ei. L.* 14. §. 1. *Qui. ex cau. in po.*, und erst wenn die besagte Bedingung der Aufhebung erfüllt ist, wird der *missus* durch das entsprechende Interdict (*quo decedere de possessione iubetur*) wieder ausgewiesen, *L.* 11. *Ut leg. L.* 40. *De solut., d. ll.*, zu welchem Behufe dem Erben auch das *Interdictum Quod legatorum* dienen kann, *L.* 1. §. 9. *Quod leg.*

Des Nähern ist noch folgendes zu beachten:

Die körperlichen Erbschaftssachen sind es, zu deren Besitznahme der Honorirte durch diese *missio* ermächtigt wird, und zwar so weit sie dem Onerirten zugefallen sind; wobei jedoch noch ausserdem vorausgesetzt wird, dass sie *in caussa hereditaria manent*, d. h. dass sie noch nicht von Rechtes wegen in dritte Hand übergegangen sind, oder aber dass diess *dolo malo heredis etc.* geschehen sei, in welchem Falle die *missio, caussa cognita*, auf sie erstreckt werden kann, *L.* 5. §§. 5. 13-15. *L.* 8. *L.* 15. *h. t. L.* 6. *C. eod. Paul.* IV, 1, 15. (*rem fideicommissam si heres uendiderit eamque sciens comparauerit, nihilominus in possessionem eius fideicommissarius mitti iure desiderat.*) Zu jenen Erbschaftssachen gehört zunächst was im Eigenthum des Erblassers gewesen oder daraus entsprungen ist, dann auch woran er Emphyteuse, Pfandrecht, *bonae fidei possessio* u. dgl. gehabt, *L.* 5. §§. 6-9. *h. t.*, nicht aber was er bloss commodirt oder deponirt erhalten hatte, §. 10. *ib.* Auch hat der Legatar u. dgl. hinsichtlich der ihm zugedachten Sache den Vorzug vor einem andern Vermächtnissnehmer, welcher diese Sache bloss in Folge der *missio* detinirt, *L.* 11. *pr. h. t.*, wie vollends vor den Creditoren des Erben, welche dieselbe mit dessen *bonis, rei seruandae caussa*, in Besitz bekommen haben, §. 1. *ib.* vgl. *L.* 5. §. 4. *eod.* Sind die Erbschaftssachen selbst bereits, und zwar in befugter Weise (also ohne *dolus*), veräussert, so ist der vorhandene Erlös *in depositum* zu nehmen, *L.* 5. §. 4. *Ut leg.*, und wenn überhaupt keine Erbschaftssachen vorhanden sind, in welche die *missio* stattfinden könnte, so tritt zwar nicht etwa *missio in bona heredis* u. dgl. als Surrogat ein, wohl aber werden dem Erben die *actiones*

hereditariae versagt und den Vermächtnissnehmern verstattet, *L.*10. *h. t.*

Einige besondere Vorkehrungen finden sich noch für Fälle, wo einzelne Sachen oder Summen legirt und dem Legatar die Restitution an einen Dritten fideicommissarisch aufgelegt ist, so dass von keiner oder doch von keiner umfänglichen *missio in bona* (*hereditaria*) für den Fideicommissar gegenüber dem Legatar die Rede sein kann. Hier soll bei bedingtem Fideicommiss und unbedingtem Legat, wenn der Legatar nicht cavirt, dem Fideicommissar die Einklagung des Legates gestattet werden, so dass er dem Legatar auf den Fall deficirender Bedingung für die Rückgabe Satisdation leiste; oder wenn der Legatar die legirte Summe vom Erben schon empfangen hätte, so soll er sie, wenn er nicht cavirt, dem Fideicommissar gegen Satisdation von dessen Seite heraus zahlen, *L.*5.§.29. *h. t.* Oder wenn Legat sowohl als Fideicommiss bedingt ist, so soll der Fideicommissar, wenn ihm der Legatar nicht cavirt, statt des letztern die Caution vom Erben erhalten und jenem seinerseits caviren; oder wenn der Legatar die Caution vom Erben schon erhalten hätte, so sollen bei eintretender Bedingung des Fideicommisses die Klagen aus jener Caution dem Fideicommissar anstatt des Legatars gewährt werden, und ebenso die Klage aus dem Legat selbst, immerhin wieder unter Caution des Fideicommissars an den Legatar auf den Fall, dass des erstern Bedingung deficirte, §.30. *ib.*

Hierher gehört auch noch das in *L.*5. §.1. *Ut leg.* erörterte Rescript von M. Aurel, wonach ein Fiduciar, welcher für bestimmte Sachen angesprochen und erstinstanzlich einerkannt war, aber appellirt hatte, auch jetzt noch Caution leisten müsse, unter dem Präjudiz, dass sonst der Besitz der streitigen Sachen auf den Fideicommissar, jedoch nur, wenn dieser seinerseits cavire, übertragen werden solle. Papinian macht auf das Abnorme dieser Verfügung aufmerksam, zumal, wenn man sich dabei an die Analogie der *collatio bonorum* anlehnen wollte, doch noch unterschieden werden müsste, ob der Fiduciar *per inopiam* oder *per contumaciam* die Cautionsstellung unterlasse, was doch der Kaiser nicht thue; und statuirt schliesslich, dass, wenn

22*

der Fideicommissar seinerseits nicht caviren könne, dann das Unterbleiben der Caution von Seite des eigentlich dazu verpflichteten Fiduciars entweder (nach Analogie der *collatio*, o. S. 318.) die Sequestrirung der streitigen Sachen oder aber die ordentliche *missio in possessionem omnium rerum* für den Fideicommissar zur Folge haben müsse.

Fälle und Besitzeinweisungen dieser letztern Art (wie in *d. L.* 5. §. 1., nicht solche wie *Paul.* IV, 1, 15., o. S. 338., erwähnt) scheint übrigens Justinian im Auge zu haben, indem er in *d. L.* 1. *C. Co de leg.*, (vgl. *N.* 39. *pr.*) bei seiner Gewährung einer *in rem actio* für alle Arten von Legaten und Fideicommissen (o. S. 333.) auf die *in rem missionis scrupulosae ambages* hinweist und diese *in rem missio* gänzlich abschafft (*censemus in rem quidem missionem penitus aboleri, omnibus uero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere, rel.*)

C. Eine ganz andere *Missio in possessionem*, und zwar *in bona heredis* (*Kel.* C. Pr. §. 78.), wurde durch ein Rescript des Kaisers *Antoninus* (*Elagabalus?*) eingeführt zu Gunsten derjenigen Legatare und Fideicommissare, welche für ein fälliges Vermächtniss sechs Monate nachdem sie sich desshalb bei dem competenten Magistrat zur Klage gemeldet, wegen *mora* des Erben keine Befriedigung erhalten hätten; und zwar sollen sie in Folge dieser *missio* sich aus dem Ertrage des in Besitz genommenen Vermögens selbst zu befriedigen befugt sein, und ihr Besitz dauert so lange, bis auf diesem Wege oder sonst dem Willen des Erblassers Genüge geschehen ist, *L.* 5. §. 16–21. 23–25. *ff.* *L.* 6. C. *h. t.* *Paul.* IV, 1, 17. Dasselbe Recht steht auch gegen jeden andern Onerirten, der nicht Erbe ist, zu, *d.* §. 25. — Der Schutz für solchen *missus* durch Interdict und *extra ordinem* ist derselbe wie bei der ordentlichen *missio legatorum seruandorum caussa* (o. S. 337.), *L.* 3. §. 1. *Ne uis fiat ei.* Auch wenn die gewöhnliche *cautio* erlassen ist (o. S. 335.), findet die *missio ex rescripto* nichts desto weniger statt, *d.* §. 18. Der *missus* ist über seine Verwaltung und Nutzniessung Rechnung schuldig, und haftet, wenn er über schuldiges Vermächtniss und Zins hinaus Früchte bezogen hat, mit *utilis pignoratitia actio*, *d.* §. 21.

D. Wie die Honorirten durch die vorgedachte Caution und Mission für ihre Vermächtnisse gegen den Onerirten sicher gestellt werden, so soll umgekehrt auch der belastete Erbe u. dgl., welchem ein Legatar oder Fideicommissar in der Apprehension der ihm vermachten Sache zuvorgekommen ist, gegen solche eigenmächtige Besitzergreifung geschützt und letzterer von dem Wege der Selbsthülfe auf den der Klage verwiesen werden (*aequissimum praetori uisum est, unumquemque non sibi ipsum ius dicere occupatis legatis, sed ab herede petere*, *L* 1. §. 2. *i. l.*). Dies geschieht durch das s. g. *Interdictum Quod legatorum, restitutorium* und *adipiscendae possessionis*, welches ungefähr so gelautet haben muss:

QUOD DE BONIS L. TITII LEGATORUM FIDEIUE COMMISSORUM NOMINE NON EX UOLUNTATE HEREDIS, BONORUM POSSESSORIS EIUSUE AD QUEM EA RES PERTINET, A TE EOUE IN CUIUS LOCUM SUCCESSISTI, OCCUPATUM POSSIDES QUODQUE DOLO MALO FECISTI QUOMINUS POSSIDERES, QUO NOMINE EX EDICTO MEO SATISDATUM EST AUT PER HEREDEM, BONORUM POSSESSOREM EUMUE AD QUEM EA RES PERTINET NON STAT QUOMINUS SATISDETUR: ID ILLI RESTITUAS Vat. Fr. 90. *L.* 1. *pr.* u. w. *L.* 2. §§. 1. 4. *h. t.* (*Quod leg.*)

Durch dieses Interdict wird der Legatar oder Fideicommissar angehalten, was er ohne den Willen des Erben als Vermächtniss in Besitz genommen hat, demselben zurück zu stellen, *L.* 1. §. 2. *h. t.* Dem gegenwärtigen Besitze wird auch hiebei der durch *dolus* aufgegebene Besitz (d. h. *facultas restituendi*, §. 7. *ib.*) gleichgestellt. Unter dieser Voraussetzung von Besitz oder fingirtem Besitz haftet auch der Universal- und Singular-Successor des occupirenden Legatars u. dgl. (A. M. betreffend den letztern: *Schmidt* Interd. S. 169.) §. 13. vgl. §. 10. *ib.* Das Interdict findet auch dann Statt, wenn *usus, ususfructus* oder *seruitus* (*praedii*) den Gegenstand des Vermächtnisses ausmacht, doch, weil mit der Ausübung dieser Rechte kein Sachbesitz verbunden ist, als *utile*, nämlich so:

QUOD DE BONIS L. TITII LEGATI FIDEIUE COMMISSI NOMINE . . . OCCUPATUM POSSIDES *QUODQUE UTERIS FRUERIS* QUODQUE DOLO MALO FECISTI QUOMINUS POSSIDERES *UTERERIS FRUERERIS* rel., §. 8. *ib.* *Vat. Fr.* 90.

Auf denjenigen, welcher *ex mortis caussa donatione* besitzt, passt das Interdict wörtlich nicht, es wird aber gegegen ihn auch nicht *utiliter* accommodirt, viel weniger durch blosse Interpretation (so dass man, weil in manchen Dingen die *mor. ca. donatio* dem Legat gleich behandelt wurde, u. §. 339., sie etwa unter dem Worte *legati nomine* geradezu mitbegriffen hätte) darauf angewendet, einerseits weil die *mor. ca. donatio* überhaupt ihrer materiellen Natur nach nicht so nothwendig durch Erbschaft und Erben vermittelt ist, wie das Legat (u. §. 339), auch der Beschenkte häufig, wenn gleich nicht mit dem Willen des Erben, doch mit dem des Erblassers selbst besitzt, und der für den Legatar in der *cautio legatorum* liegenden Garantie entbehrt; und weil anderseits für die dringendste Rechtsnothdurft des Erben gegenüber dem *mortis caussa* Beschenkten, insbesondere hinsichtlich der *Quarta Falcidia* (o. §. 330.), anderweitig hinlänglich gesorgt zu sein schien, *L.* 1. §. 5. *h. t.*

Dagegen gilt das *legatum per praeceptionem* jedem andern Legat gleich, so weit der mit dem Interdict zu belangende Erbe *ex caussa legati* und nicht als Erbe besitzt, §. 6. *ib.*

Die von einem Erben oder *bonorum possessor* nach Antritt der Erbschaft oder Erlangung der *bonorum possessio* ertheilte Einwilligung zur Besitzergreifung an einer bestimmten Sache, auch wenn sie erst nach dieser erfolgt oder, ein Mal gegeben, wiederrufen worden wäre, schliesst für diesen Erben u. dgl. wegen dieser Sache *ipso iure* (*mera interpretatione*) das Interdict aus, §§. 11. 14. f. *ib*, und auch auf den Fall mangelnder *cautio legatorum* ist eine stehende oder doch stets zu erlangende *exceptio* gerichtet, §§. 16–18. 9. *ib.* *L.* 2. §. 3. f. *eod.*

Die Condemnation *in iudicio secutorio* oder *arbitrario* (*Kel.* C. Pr. §. 76.) dieses Interdictes geht auf das Interesse des Klägers, §. 2. *ib.*

Schliesslich ist zu beachten, dass das *Int. Quod legatorum* ursprünglich und nach dem Wortlaute des Edictes nur für denjenigen bestimmt war, der wirklich *bonorum possessio ex edicto* oder *ex decreto* (o. §. 313.) erlangt hatte, *Vat. Fr.* 90. (. . . *sub titulo: In eum, qui legatorum nomine non*

uoluntate eius, cui bonorum possessio data erit, possidebit.), vgl. *L.*2. §. 1. *h. t.*, während es für die Folgezeit keinem Zweifel unterliegt, dass man es auch hier, wie bei der *collatio bonorum* (o. S. 314.), für den Civilerben genügend fand, dass er die *bonorum possessio* hätte erlangen können, *L.* 1. §§. 2. 3. u. w. *h. t.*

---

§. 339. Mortis caussa donatio, capio.

Adde: Titt. ff. et C. De mor. ca. donationibus et capionibus (XXXIX, 6. VIII, 57.). *Paul.* III, 7.

Die Schenkung auf den Todesfall ist eine Schenkung, welche durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden bewerkstelligt, aber für ihre definitive Geltung irgendwie von dem Tode des Schenkers und dem Ueberleben des Beschenkten (vgl. u. S. 351.) abhängig gemacht wird.

Der ursprüngliche und eigentliche Fall war der, da jemand durch eine gegenwärtige Lebensgefahr veranlasst wird, in dem Sinne zu schenken, dass im unglücklichen Falle die Schenkung gelten, im glücklichen dagegen nicht gelten solle, *d.* §. 1. *LL.* 3–6. *L.* 8. §. 1. *L.* 31. §. 2. *h. t. Paul. l.* §. 1. Auf diesen Fall bezieht sich vorzüglich *quod uulgo dicitur, se potius habere uult quam eum cui donat, illum deinde potius quam heredem suum. d.* §. 1. *LL.* 1. 35. §. 2. *h. t.*

Dann nahm man es aber auch für *mortis caussa donatio,* wenn jemand ohne gegenwärtige Lebensgefahr, vielmehr im Gedanken an den einstigen Tod überhaupt, so schenkt, dass er sich lebenslänglich den Wiederruf vorbehält, *Paul. l.* §. 2. *LL.* 16. 30. 31. §. 2. *L.* 35. §. 4. *h.* t.

Der äusserste Fall ist der, dass die Schenkung unwiederruflich geschieht, aber doch so, dass sie wieder zerfallen soll, wenn der Beschenkte vor dem Schenker stürbe, *L.* 13. §. 1. *L.* 35. §. 4. *L.* 26. f. *h. t.* Und dabei bewendet es auch nach *N.* 87. *pr.*

Dagegen bleibt es Schenkung unter Lebenden, wenn der Schenker zwar im Angesicht des Todes, aber ohne irgend ein Todesverhältniss zur Bedingung zu machen, schenkt,

L. 42. §. 1. *h. t.*, oder wenn eine auf Grund der *Lex Cincia* anfechtbare Schenkung unter Lebenden nach der Regel *morte Cincia remouetur* durch den Tod des Schenkers confirmirt wird, *Vat. Fr.* 259.

Hinsichtlich der möglichen Gegenstände und der Art der Bewerkstelligung bleibt die *donatio mortis caussa* wesentlich unter den Regeln der Schenkung überhaupt (o. §. 149. f.) stehen.

Doch muss das Rechtsgeschäft, durch welches eine Schenkung dieser Art bewerkstelligt werden soll, insofern auch in seinem Hergange öfter eine complicirtere Gestalt annehmen, als dadurch nicht bloss, wie bei der einfachen Schenkung, für die Hingabe, sondern auch für die eventuelle Rückgabe gesorgt werden muss. Zu diesem Zwecke konnte man mit der schenkungshalber geschehenden *mancipatio* oder *in iure cessio* ein *pactum fiduciae* verbinden, *L.* 42. *pr. h. t.* (dazu *Kel.* in d. ZSchr. f. g. R. W. XII, 12.) vgl. *Vat. Fr.* 252., oder mit irgend welcher Schenkungshandlung eine Stipulation auf eventuelle Rückgabe, *arg. LL.* 9. 22. *C. De donat.*, oder auch ein formloses Bedingen und Versprechen derselben, welches dann als *lex dationi dicta* unter dem Gesichtspunkte der Innominat-Contracte (o. §. 136.) Klagbarkeit erhielt, und zu *actio praescriptis uerbis* oder zu *condictio ob caussam datorum* führen konnte, je nachdem man den Gesichtspunkt fasste, dass mit dem Eintritt der Thatsachen, welche die Schenkung aufheben, die Vertragsbedingungen der Obligation auf Rückgabe erfüllt, *L.* 19. *pr. De R. C.* (*Iul. Non omnis numeratio eum qui accepit obligat, sed quotiens id ipsum agitur, ut confestim obligetur. Nam et is qui mortis caussa pecuniam donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligauit accipientem, quam si extitisset casus, in quem obligatio collata fuisset, ueluti si donator conualuisset, aut is qui accipiebat prior decessisset, rel.*) vgl. *L.* 4. *L.* 52. §. 1. *De do. i. V. et V.*, *L.* 37. §. 1. *L.* 39. *h. t.*, auch *LL.* 9. 22. *C. De donat.*, oder aber die *caussa dandi* fehlgeschlagen oder doch bis jetzt ausgeblieben sei, *L.* 35. § 6. *h. t. L.* 76. *De I. D.*, *L.* 38. § 3. *De usur.* vgl. *L.* 30. *h. t.* (*Ulp. Qui mortis caussa donauit, ipse ex poenitentia condictionem uel utilem actionem habet.*). *Paul. l.* §. 2., welche beiden Gesichtspunkte sich

hier, da die versprochene Leistung und die Rückgabe der empfangenen Leistung wesentlich dasselbe Object haben, freilich sehr nahe standen und ungeachtet des abstracten Unterschiedes leicht vermengt werden mussten, *L.* 35. §. 3. *h. t.* (*Paul.*) ... *qui mortis caussa donat, qua parte se cogitat negotium gerit, scilicet ut, quum conualuerit, reddatur sibi. Nec dubitauerunt Cassiani, quin condictione repeti possit, quasi re non secuta, rel.*

Dem formlosen Vertrage auf Rückgabe konnte aber bei der Tradition, wie man sich im spätern Verfolge immer mehr dazu neigte, auch dingliche Wirkung beigelegt werden, und zwar in zwiefachen Sinne, entweder so, dass der Uebergang des Eigenthums dadurch suspendirt oder resolvirt werden sollte, *LL* 2. 29. *h. t.*, vgl. *LL.* 13. *pr.* 33. 39. 37. §. 1. *eod.*, und zwar im erstern Falle mit nachheriger Rückwirkung der erfüllten Suspensiv-Bedingung oder ohne solche, *L.* 9. § 2. *L.* 10. *L.* 11. *pr.* u. w. *L.* 20. *De do. i. V. et V.*, *L.* 40. *h. t.* vgl. *L* 15 a. E. *De manum.*

Neben den auf Uebertragung von Eigenthum u. dgl. (*dare*) gerichteten Handlungen wird die Schenkung Todes halber, gleich derjenigen unter Lebenden, häufig durch Begründung einer Obligation (*obligare*) mittelst Stipulation bewirkt. Zunächst unmittelbar so, dass der Schenker auf seinen Tod hin dem Schenknehmer eine Leistung promittirt, — die eigentliche *mortis caussa stipulatio*, von der bei *Festus h. u.*, sehr bezeichnend für den Charakter der *mortis caussa donatio* überhaupt, gesagt wird: *m. ca. stip. existimatur fieri, ut ait Antistius Labeo, quae ita fit, ut morte promissoris confirmetur, aut, ut quidam dixerunt, cuius stipulationis mors fuit causa.* So verspricht z. B. in *L.* 34., vgl. *L.* 35. §. 7., *h. t.*, der Schenker dem Beschenkten auf dessen Lebenszeit eine jährliche Leistung, wobei es die Meinung hat, dass die Jahresleistungen erst vom Tode des Schenkers an verfallen sollen. Und in *L.* 76. *De I. D* verspricht der Vater einer Ehefrau auf seinen Tod hin dem Manne eine *dos*, in der Meinung, dass, wenn er von der gegenwärtigen Krankheit genese, das Versprechen nichts gelten solle; welche Stelle auch zeigt, dass die *Stip. Cum morieris dare spondes* nicht etwa als die Form der *mor. ca. stip.* oder als einer-

lei mit ihr angesehen werden darf (A. M. *Savigny* Syst. IV, S. 249. f.), indem einerseits jene Stipulationsform ganz füglich eine *stipulatio* bez. *donatio inter uiuos* (*uera et absoluta*, *L.* 35. §. 2. *h. t.*, *certae condicionis donatio, L.* 42. *pr. h. t.*) in sich schliessen kann, welche, wie jede andere, bei dem Tode des *stipulator* oder *promissor*, welcher von beiden der überlebende wäre, auf den Erben überginge, und indem anderseits der Charakter einer *mortis caussa stipulatio* (so wenig wie der einer *mor. ca. acceptilatio*, *L.* 10. §. 13. *Mand.*, oder *manumissio*, *L.* 15. *De manum.*, o. §. 248. S. 217. f.) gar nicht durch eine ausdrückliche Clausel in der Stipulation bedingt gewesen zu sein scheint. Das bestätigt sich auch durch den Fall bei *Val. M.* VII, 2, 2., wo ein gewisser *C. Visellius Varro* einer Geliebten, *Otacilia Laterensis*, auf den Tod hin 300000. *H-S.* promittirt, dann aber nach seiner Genesung von ihr für den Betrag wie für eine gewöhnliche Schuld (aus Darlehn u. dgl.) angesprochen wird (*C. Aquilius-iudex*); wobei freilich der Autor nach seiner Art Stipulation und Litteral-Contract durch einander wirft.

Sodann kann aber eine *mortis caussa donatio* auch dadurch bewirkt werden, dass der Schenkende seinen Schuldner u. dgl. dem Beschenkten oder dessen Gläubiger delegirt und ihn dem einen oder dem andern *stipulanti* promittiren lässt, oder dass der Schenker selbst für den Beschenkten bei dessen Gläubiger expromittirt, *L.* 18. §. 1. *L.* 31 §. 3. *h. t.* *L.* 52. §. 1. *De do. i. V. et V.* *L.* 77. §. 2. *De legat.* 2°. *L.* 11. *De do. prae-leg.* Hier geht also die Schenkung nicht zwischen *stipulator* und *promissor* vor sich, von welchen vielmehr nur der eine oder der andere oder auch gar keiner dabei betheiligt ist, sondern sie liegt im letztern der bezeichneten Fälle in der Expromission des Schenkers für den Beschenkten, in den erstern aber in der blossen Zustimmung des Schenkers zu der Promission bez. Expromission seines Schuldners gegen den Beschenkten oder dessen Gläubiger. Daher wird denn auch die Stipulation selbst in ihrem Ausdrucke keine Andeutung der *mortis caussa donatio* enthalten, was aber in besondern Fällen, wo etwas dergleichen doch vorkam, nicht hinderte, von *mortis caussa stipulatio* zu sprechen, z. B. in *d. L.* 11., wo von einer Ehefrau ein Dritter, dem

sie hiedurch Todes halber schenken wollte, angewiesen wurde, sich von ihrem Manne ihre *dos* zu stipuliren, und in *L.* 52. §. 1. *De do. i. V. et V.*, wo eine Ehefrau ihren Präsumtiverben anweis't, ihrem Manne *mortis caussa* etwas zu promittiren. Dass übrigens auch Todeshalber eine Schenkung durch Cession von Klagen oder durch Defension gegen solche bewirkt werden könne, unterlag gewiss keinem Zweifel, *arg. Vat. Fr.* 263.

Endlich stellt sich wie bei der Schenkung unter Lebenden so auch bei derjenigen Todeshalber neben das *dare* und *obligare* noch das *liberare* als Object dar. Dasselbe geschieht vorerst durch ordentliche *acceptilatio*, welche ganz einfach und *pure*, ohne alle Erwähnung bedingender Todesverhältnisse, schon desswegen lauten musste, weil sie überhaupt keiner Bedingungen in ihrer Abfassung fähig ist, *L.* 4. *De acceptil. L.* 77. *De R. I.*; welche aber auch nicht etwa durch die der Schenkung Todeshalber gesetzten Bedingungen als stillschweigend in ihrer Wirksamkeit suspendirt angesehen wurde (etwa wie die *manumissio mortis caussa* in *d. L.* 15. *De manum*, o. §. 248.), sondern nachher bei dem Zerfalle der Schenkung lediglich in ihrem ökonomischen Erfolge mittelst *condictio* des Werthes aufgehoben werden konnte, *LL.* 24. 35. §. 6. *h. t. L.* 10. §. 13. *Mand.*; wiewohl die Acceptilation sonst im Allgemeinen eine solche Suspension ihrer Wirksamkeit zulässt, *L.* 82. *Ad L. Falc.*, und sie z. B. bei der Schenkung unter Ehegatten, im Hinblick auf deren mögliche Bestätigung durch den Tod des Schenkers, wirklich erleidet, *L.* 32. §. 23. vgl. *L.* 3. §. 10. *L.* 5. §. 1. *De do. i. V. et V.*, vgl. *L.* 3. *pr. De legat.* 3°

Sodann kann der Schulderlass Todeshalber auch durch formloses *pactum de non petendo*, natürlich mit dessen ordentlicher indirecter Wirkung, geschehen, *L.* 18. §. 2. *L.* 28. *h. t. L.* 15. *pr. Ad L. Falc.*

Die Schenkung Todeshalber kann in allen ihren Gestalten auch auf den Tod einer andern Person als des Schenkers gestellt werden, *L.* 18. *pr. h. t.* Und zwar bleibt dabei der Charakter einer *mortis caussa donatio* unversehrt, indem die Todesverhältnisse jener Person als Element solcher Schenkung analog dieselbe Bedeutung gewinnen, welche sonst

denjenigen des Schenkers selbst zugeschrieben wird (A. M. *Savigny l* § 170, *l.*). So kann z. B. der Schwiegervater seinem Schwiegersohne oder seiner Schwiegertochter *mortis filii filiaeue caussa* gültig schenken, und die Schenkung wird durch den Tod dieser Person wie sonst durch den des Schenkers bekräftigt, *L.* 11. *h. t.*, während er *mortis suae caussa* ungültig schenkte, *L.* 53. *De do. i. V. et V.*, und seine Schenkung *inter uiuos* erst durch seinen und seines Kindes Tod *ex Oratione Antonini* convalescirt, *L* 32. §. 16 *eod.*

Die Schenkung Todes halber ist von Anfang an stets dazu bestimmt, entweder auf Rückgabe oder auf reine *mortis caussa capio* hinaus zu laufen, je nachdem eine und dieselbe Bedingung, wie vorgedacht, so oder umgekehrt ausfällt.

Für den erstern Fall ist nicht wohl anders anzunehmen, als dass ursprünglich die *actio fiduciae* und die *rei uindicatio* die ordentlichen Organe der Rückforderung waren, und zwar je nachdem die Schenkung durch förmliche Eigenthumsübertragung unter *pactum fiduciae* oder nur durch Tradition mit Uebergang von blossem Besitz oder höchstens bonitarischem Eigenthum bewirkt worden war. Dazu mochte noch *Exceptio* und *replicatio doli* oder *in factum* kommen, wo man durch eigentliche *Stipulatio mortis caussa* (o. S. 345.), bez. durch formlosen Schulderlass (o. S. 347.), geschenkt hatte.

Dass man aber damit nicht für alle (oben aufgezählten) Figuren ausreichte, weder für diejenigen mit *obligare* oder *liberare*, noch auch nur für alle mit *dare*, ist augenfällig. Zwar konnte man bei der Tradition von *res mancipi* von jeher den Uebergang des Eigenthums und bei allen Sachen die Usucapion inzwischen durch die Suspensiv-Bedingung (o. S. 345.) ausschliessen (*d. L.* 29. *h. t. Ulp.* . . . *si* . . *quis sic donauit, ut, si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est, sine dubio donator poterit rem uindicare; mortuo eo tunc is cui donatum est;*); aber dass der Uebergang des Eigenthums mit Resolutiv-Bedingung versehen oder der dingliche Rückfall bedungen oder sogar bei bloss bedungener Rückgabe als sich von selbst verstehend oder vollends ohne solche als durch das blosse Wesen der *mortis caussa donatio*, namentlich durch das Vorversterben des Beschenkten, gegeben

angenommen werden dürfe: das ist als secundäre Rechtsbildung anzusehen, welche nicht ohne Bedenken und Widerstand zu Stande kam, *d. L.* 29. . . . *si uero sic, ut iam nunc haberet, redderet si conualuisset uel de proelio uel peregre rediisset, potest defendi, in rem competere donatori, si quid horum contigisset; interim autem ei cui donatum est. Sed et si morte praeuentus sit is cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori.* Vgl. *Vat. Fr.* 283. (*Diocl. et Max.*) *Si stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita ut post mortem eius, qui accepit, ad te rediret, donatio irrita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiuerit. . .* mit *L.* 2. *C. De don. q. sub mo.* (*Id.*) *Si rerum tuarum proprietatem dono dedisti ita ut post mortem eius, qui accepit, ad te rediret, donatio ualet, cum etiam ad tempus certum uel incertum ea fieri potest, lege scilicet, quae ei imposita est, conseruanda.* Vgl. auch *L.* 1. *eod.* und *L.* 14. *L.* 30. (dazu *L.* 16.) *h. t.*, in welcher letztern Stelle die *utilis actio* möglicher Weise eine *in rem actio* bedeutet, wie denn *Haloander utilem in rem* lies't und meine H. S. (*Colladon*) *utilem in rem actionem* enthält.

Am meisten Bedenken mochte die *Rei uindicatio* auf den äussersten Punkten ihrer erweiterten Anwendung (wie vorbesagt) dann finden, wenn der Beschenkte das ihm gewordene bereits vor dem Zerfall der Schenkung auf einen Dritten übertragen hatte, und hier wenigstens schien die *condictio* gegen den Beschenkten eher am Platze, *L.* 37. §. 1. *h. t.* vgl. *d. L.* 29. a. E. (die Worte s. o. *h. pag.*, wonach es dahin gestellt bleiben muss, ob *Ulpian* auch in diesem seinem äussersten Falle die Vindication gegen einen Dritten gestattet haben würde.). Aber auch in vielen andern Fällen von *dare*, z. B. *LL.* 39. 33. *h. t.* und in den meisten von *obligare* und *liberare* musste die *condictio* als unentbehrlich erscheinen, wiewohl der Ausdruck in *d. L.* 35. §. 3. *h. t.* (*nec dubitauerunt Cassiani*, o. S. 345) deutlich genug zeigt, dass auch die *condictio* überall und in früherer Zeit nicht als selbstverständlich angenommen wurde. Beachtet man dabei anderseits, dass mehrere Juristen in solchen Fällen, wo nach Ulpians Aeusserung in *d. L.* 29. (o. so eben) die Vindication statthaft wäre, vielmehr die *condictio* statuiren,

wie *Paullus* in *L.* 38. §. 3. *De usuris* (*Idemque est, scil. ut fructus restituendi sint, si mortis caussa fundus sit donatus et reualuerit qui donauit, atque ita condictio nascatur.*) und in *L.* 12. *De cond. ca. da.*, und *Papinian* in *L.* 52. §. 1. *De do. i. V. et V.* (... *nam quo casu inter exteros condictio nascitur, inter maritos nihil agitur.*): so scheint wirklich eine weit greifende Meinungsverschiedenheit unter den Juristen dahin bestanden zu haben, dass die einen bis auf einen gewissen Punkt mehr der *Rei uindicatio*, die andern mehr der *condictio* geneigt waren, und es möchte diess vielleicht, zufolge der vorhin erwähnten Andeutung in *d. L.* 35. §. 3., bis auf einen Gegensatz der beiden Schulen zurück gehen, wobei die Sabinianer mehr auf Seite der *condictio*, die Proculianer mehr auf Seite der *uindicatio* gestanden hätten; wie denn überhaupt das Gebiet der Controverse in der ganzen Lehre von der *mortis caussa donatio* viel weiter gereicht zu haben scheint, als uns die Rechtsbücher Justinian's davon unmittelbare Spuren überliefert haben.

Was endlich die *actio praescriptis uerbis* betrifft, so wird dieselbe zwar ausdrücklich und mit diesem ihrem Namen in Anwendung auf *mortis caussa donatio* nirgends erwähnt, aber die *in factum actio* in *L.* 18. §. 1. *h. t.* (*Iulian.*) ist doch wohl darauf zu deuten (vgl. o. §. 136. S. 118.), und nach dem allgemeinen Charakter dieser Klage, so wie nach den ausdrücklichen Erwähnungen derselben bei der *donatio inter uiuos*, *LL.* 9. 22. *C.* *L.* 28. *ff.* *De donat.* vgl. *L.* 2. *C.* *De don. q. s. mo.* *L.* 8. *C.* *De rer. permut.*, ist ihre Anwendbarkeit auch bei der *mortis caussa donatio* nicht zu bezweifeln.

Im Einzelnen wird über Natur und Erfolg der genannten Klagen, doch zumeist nur der *condictio*, noch folgendes überliefert:

Wenn der Beschenkte nothwendige oder nützliche Verwendungen auf die geschenkte Sache gemacht hat, so kann er bei der Vindication deren Vergütung mittelst *exceptio doli* erlangen, *L.* 14. *h. t.* (*Iul.*) vgl. *L.* 4. §. 9. *De dol. exc.*; dagegen muss er auch bei der *condictio* etwaige Früchte und andern Zuwachs mit heraus geben, *L.* 12. *De cond. ca. da.* *L.* 38. §. 3. *De usuris.* Hat er sich die Rückgabe der Sache wissentlich unmöglich gemacht, indem er z. B. den ge-

schenkten Sclaven manumittirte oder die geschenkte Sache verkaufte, so muss er den Werth ersetzen, *L.* 39. *h. t.*, und zwar so, dass der Schenker im letztern Falle die Wahl hat, den Erlös oder den wahren Sachwerth zu verlangen, *L.* 37. §. 1. *h. t.* Bei der *actio praescriptis verbis* (o. §. 186.) wird der Beschenkte sogar für *culpa* verantwortlich sein. Bei eigentlicher *stipulatio mortis caussa* (o. S. 345.) geht die *condictio* auf Liberation, *L.* 76. *De I. D.*; bei Delegation oder Cession auf den reellen Werth der dem Beschenkten zu Theil gewordenen Forderung, oder unter Umständen wie in *L.* 52. §. 1. *De do. i. V. et V.* auf Liberation des *promissor*, bei Expromission oder Acceptilation auf den vollen nominellen Betrag der Schuld, von welcher er dadurch befreit worden ist, *L.* 18. §. 1. *L.* 31. §§. 1. 3. 4. *L.* 24. *h. t.*

Uebrigens wird für die Rückforderung in allen ihren Gestalten da, wo das blosse Zeitverhältniss des Todes von Schenker und Beschenktem entscheidend ist, das wirkliche Ueberleben des Schenkers erfordert, so dass bei gleichzeitigem Tode beider die Schenkung bei Kräften bleibt, o. S. 343., *adde L.* 26. *h. t. L.* 32. §. 14. *De do. i. V. et V.* vgl. §. 1. *I. De donat.*

Von Altersher war nach allem bisherigen die Schenkung Todeshalber überwiegend ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, sie kam in den Formen eines solchen zu Stande, sie äusserte ihre nächsten und wichtigsten Wirkungen schon bei Lebzeiten des Schenkers, und schloss nur das Element eines Rechtsgeschäftes auf den Todesfall in sich, dass das Zeitverhältniss des Todes des Schenkers in weiterm oder engerm Umfang (o. S. 343.) für ihren endgültigen Bestand bedingend war, indem zum allermindesten der Schenker vor oder doch nicht nach dem Beschenkten verstorben sein musste: — weswegen denn auch nicht zu bezweifeln ist, dass eine solche Schenkung in demselben Maasse unter dem Rechte der *Lex Cincia* stand, als sie bei Lebzeiten des Schenkers gegen seinen Willen geltend gemacht werden sollte, vgl. *d. L.* 42. *pr. De mor. ca. do.* (o. S. 344.), wo *Papinian* nicht ohne Grund in dem *Titius cognatus* eine *excepta persona* vorauszusetzen scheint, vgl. *Vat. Fr.* 310. f. 313. u. *Kel.* R. G. §. 83. S. 102.

Gerade vermittelst jenes Todeselementes in dem Rechtsgeschäfte wurde es aber dem Schenker möglich, jemanden aus seinem Vermögen so zu begünstigen, dass er, indem er dies that, doch jede zwangsrechtliche Folge gegen sich selbst für seine ganze Lebenszeit ausschloss und somit nach beiden Seiten hin (nämlich Begünstigung des Empfängers und Schonung seiner selbst) völlig das erreichte, was man sonst durch reine Rechtsgeschäfte auf den Todesfall zu bewirken pflegt. Und diese Erscheinung musste eine steigende Wichtigkeit erhalten und sich der Beachtung um so mehr aufdrängen, je mehr das positive Recht sich auf den Weg begab, den letztwilligen Verfügungen für ihre Gültigkeit oder Wirksamkeit eigenthümliche Beschränkungen aufzulegen, welche die Rechtsgeschäfte unter Lebenden nicht berührten, und daher leicht gerade dadurch umgangen werden konnten, dass der Erblasser durch *mortis caussa donatio*, die zu den letztern gehörte, das bewirkte, was er auf dem eigentlichen Wege des Legates gar nicht oder doch nicht mit vollem Erfolge sollte bewirken können.

So begriff schon die *Lex Furia testamentaria* (R. G. §. 84.) in ihrem Verbote neben den Legaten auch die Schenkung Todes halber, *Gai.* II, 225. (*legatorum nomine mortisque caussa capere*), *Varro Fr.* III *De Vita P. R.* (*ne qui legaret caussaue mortis donaret supra asses mille*). Dann erstreckte ein *SC.* die Beschränkungen der Capacität *e legibus Iulia et Papia Poppaea* (u. §. 346.) von den Legaten auch auf die *mortis caussa donatio* (wie das *SC. Pegasianum* auf die Fideicommisse, *Gai.* II, 286.), *L.* 35. *pr. h. t.* (*Senatus censuit, placere mortis caussa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem caussa haberi, in qua essent, quae testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret. Ex hoc SC^to^ multae uariaeque quaestiones agitantur, rel.*), vgl. *LL.* 9. 10. 33. *h. t.*, und eben darauf ist auch *L.* 37. *pr. h. t.* zu beziehen (*Ulp. lib.* 15. *ad L. Iul. et P.: illud generaliter meminisse oportebit, donationes mortis caussa factas legatis comparatas; quodcunque igitur in legatis iuris est, id in mortis caussa donationibus erit accipiendum.*). Auch die *Lex Iunia Norbana* dehnte die Incapacität ihrer *Latini* (u. §. 346.) auf die *mor-*

tis caussa donatio aus, *Vat. Fr.* 259., vgl. *Gai. I,* 23. *Ulp.* XVII, 1., was, beiläufig gesagt, für die Fideicommisse nicht der Fall war, *Gai. II,* 275. *Ulp.* XXV, 7. — Für den ganzen Punkt der Capacität war aber nicht der Zeitpunkt der Schenkung, sondern der des Todes des Schenkers massgebend, *L.* 22. vgl. *L.* 35. §. 7. *h. t.*, und behufs Vermeidung der Caducität wurde wie bei Legaten Substitution zugelassen, die freilich wieder durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, möglicher Weise eine *stipulatio mortis caussa* i. w. S., zu bewirken war, *L.* 10. *h. t. ei cui mor. ca. donatum est, posse substitui constat in hunc modum, ut promittat alicui, si ipse capere non possit, uel sub alia condicione*, vgl. *L.* 50. *pr. De legat.* 2. u. i. A. *L.* 62. *pr. de her. inst.*

Wie ferner die *Quarta Falcidia* durch das *SC. Pegasianum* (o. § 338.) auf Fideicommisse, *Gai. II,* 254., und von *D. Pius* auch auf Intestat-Fideicommisse, *L.* 18. *pr. Ad L. Falc.* (*legem Falc.** *inductam esse a D. Pio etiam in intestatorum successionibus propter fideicommissa*) ausgedehnt worden war, so machte sie eine Constitution von *D. Seuerus* auch auf die *mortis caussa donationes* anwendbar, *L.* 5. *C. Ad L. Falc. L.* 2. *C. h. t.*, was zu *Papinian*'s Zeit noch neu war, und daher von ihm in *L.* 42. §. 1. *h. t.* dem *ius antiquum* als dem vorherigen Rechtszustande entgegen gestellt wird. Viele Erwähnungen jenes neuern Rechtes (welches sich auch auf die Verpflichtung zur *cautio Si cui plus, rel.* erstreckte, *L.* 1. §. 10. *Si cui plus.*) finden sich in *L.* 77. §. 1. *De legat.* 2. *L.* 15. *pr. L.* 82. *Ad L. Falc. L.* 1. §. 5. *Quod leg. L.* 27. *h. t. Vat. Fr.* 281. u. s. w., und dasselbe wurde auch auf die durch den Tod confirmirten Schenkungen unter Ehegatten angewendet, *L.* 32. §. 1. *De do. i. V. et V. L.* 12. *C. Ad L. Falc.*

Auch die unabhängig von der *Lex Falcidia* und von jeher bestehende Regel, dass Vermächtnisse ungültig sind sofern sie den liquiden Bestand der Erbschaft überschreiten, *L.* 73. §. 5. *L.* 17. *Ad L. Falc. L.* 18. §. 1. *De test. mil. L.* 80. *De legat.* 1. *L.* 1. §. 17. *Ad SC. Treb.* §. 1. *I. De sing. reb.*, wurde jetzt auf die *mortis caussa donatio*, als welche erst durch den Tod eine endgültige Entfremdung aus dem Vermögen bewirke, *L.* 42 §. 1. *h. t.*, angewendet und damit unter an-

derm auch den etwa geschädigten Gläubigern der Beweis der *fraus* des Schenkers erspart. *L.* 17. *h. t.* *L.* 66. §. 1. *Ad L. Falc.*

Auch in Folge der *bonorum possessio contra tabulas*, sowohl *parentis* (o. §. 299.) als *liberti* (o. §. 303.), stehen und fallen die Schenkungen Todeshalber ganz nach der Regel der Vermächtnisse, *L.* 18. §. 1. *De b. p. co. ta.*, *L.* 3. *pr.* *L.* 5. §. 7. *L.* 20. *pr. De leg. praestan.* (In §. 1. *d. L.* 20. soll wohl dem Intestat-Erben die totale Anfechtung wie bei *b. p. co. ta.*, aber gewiss nicht die *Falcidia*, versagt werden.), — *L.* 1. §§ 1. 5. *Si quid in frau. patro.*, so dass namentlich auch im letztern Falle kein Beweis des *dolus*, etwa wie bei den *actiones Fauiana* und *Caluisiana* (o. §. 309.), erforderlich ist. Ebenso zählen *mor. ca. donationes* des *libertus* an den Patron, gleich Legaten, zur Befriedigung des Patrons für sein Notherbrecht, und, wenn er nach dem Tode des *libertus* bei ihrer Annahme verblieben ist, auch zur Ausschliessung der *bo. po. contra tabulas.* *L.* 3. §. 17. f. *L.* 8. §. 4. *De bo. lib.*, wie sie auch gleich Legaten durch Agnition der letztern rückgängig werden, *L.* 16. §. 6. *eod.* *L.* 18. §. 1. *De b. p. co. ta.*

Auch der *ususfructus mortis caussa donatus* steht dem *legatus* hinsichtlich der Nothwendigkeit der *cautio usufructuaria* gleich, *L.* 1. §. 2. *Usufr. quem.*, vgl. *L.* 7. *C. Ut in po. leg.* Ebenso *alimenta mortis caussa donata* den *testamento uel codicillis relicta* hinsichtlich der zunächst auf die letztern bezüglichen *Oratio D. Marci de alimentorum transactione*, *L.* 8. §. 2. *De transact.* Ferner gilt das Edict über die *condicio iurisiurandi* wie für Erbeinsetzung, Legat, Fideicommiss (u. §. 343. Nr. IV.), so auch für die Schenkung Todeshalber, *L.* 8. §. 3. *De cond. inst.* Verbrechen, Selbstmord, *damnatio memoriae*, machen so weit, als sie ein Testament des Schuldigen zu entkräften geeignet sind, auch seine Schenkungen Todeshalber rückgängig, *L.* 7. *h. t.* *L.* 32. §§. 7. 8. *De do. i. V. et V.*, vgl. *L.* 13. §. 1. *eod.* *L.* 6. §. 6. ff. *De iniusto.* *L.* 3. *pr. De bon. eor.* *L.* 15. *De donat.* *L.* 2. *C. Qui te. fa. po.*

Dem Todeshalber Beschenkten kann wie jedem von Todeswegen Honorirten ein Fideicommiss aufgelegt werden, *L.* 11. *De do. praeleg.* *L.* 77. §§ 1. 2. *De legat.* 2. *L.* 3. *pr.* vgl. *L.* 1. §. 6. *eod.* 3. *L.* 8. §. 2. *De transact.* *L.* 1. *C. h. t.* *L.* 9. *C. De fideic.* *L. un.* §. 8. *C. De cad. toll.*

Endlich besitzt der *Filiusfamilias miles* sein *peculium castrense* bei Lebzeiten als freies Vermögen, und kann auch darüber testiren (o. §.228.). Unzweifelhaft stehen ihm daher Schenkungen unter Lebenden sowohl wie die testamentarische Ertheilung von Legaten und Fideicommissen zu. Ob er demnach auch Todeshalber schenken könne, mochte einzig von dem Satze her einigen Anstand finden, dass solches *peculium*, wenn er ohne Testament verstarb, sich nicht vererbte, sondern *peculii iure* dem Vater heimfiel und dann in gewisser Beziehung selbst rückwärts wie ein *peculium concessum* (aus welchem der Inhaber ordentlicher Weise gar nicht schenken konnte, *L.* 7. §. 4. *De donat.*) behandelt wurde, *LL.* 1. 2. 9. *De castr. pec.* *L.* 10. *pr. Ad SC. Tert.* *L.* 18. *pr. De stip. seru.* Man folgte aber auch hierin der Analogie des Legates und verstattete die Schenkung Todeshalber, *L.* 15. *h t.* (*hoc et constitutum est*) *L.* 7. §. 6. *De donat.* *L.* 32. §. 8. *De do. i. V. et V.*, wie man sich denn auch, wiewohl mit noch grössern Bedenken, herbei liess, sogar ein Intestat-Fideicommiss, welches der *filiusfamilias* betreffend das *peculium castrense* durch Codicill dem Vater auflegte, anzuerkennen, *L.* 18. *pr. Ad L. Falc.*

Die aufgezählten Punkte, in welchen die Schenkung Todeshalber im Laufe der Zeit dem Legat gleichgestellt wurde, und über deren einzelne unter den römischen Juristen manche Controverse gewaltet zu haben scheint, beziehen sich doch wesentlich auf die Beschränkung und ganze oder partielle Ungültigkeit, wogegen die Art und Form der Entstehung und die wichtigen Wirkungen unter Lebenden (d. h. schon vor dem Tode des Schenkers) der Hauptsache nach ziemlich unangetastet blieben. Und wenn auch *Iustinian* theils durch seine Auswahl der Pandekten-Stellen theils durch seine eignen Aeusserungen die Gleichstellung in erweiterndem Sinne behandelte, so ist es dabei doch von einer völligen Aufhebung des Unterschiedes zwischen Schenkung Todeshalber und Vermächtniss noch sehr weit entfernt geblieben: so dass die Aeusserung in §. 1. *I. De donat.*: *hae mortis caussa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia,* im eignen Sinne *Iustinian*'s der kurz hinterher folgenden Berichtigung zum mindesten sehr bedurfte, welche

in den Worten liegt: *a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur;* woran ganz gewiss *N.* 87. *pr.*, ungeachtet der einzelnen Aeusserung *legatum ipsam esse omnimodo decidimus* nichts ändern wollte. Auch finden sich wirklich noch einzelne Unterschiede, welche zum Theil an das Gebiet der sonstigen Gleichstellung nahe anstreifen, ausdrücklich anerkannt. So wird die Theorie der Indignität auf Schenkungen Todeshalber nicht angewendet, *L.* 5. §. 17. *De his q. ut ind.* (*Paul. Qui mor. ca. donationem accepit a testatore, non est similis in hac caussa legatario;* was sich zunächst freilich nur auf den Legatar, welcher das Testament als *falsum* angegriffen hat, bezieht, u. §. 347. *litt. B, b.*, und sich in dem Falle der *N.* 1. *c.* 1. §. 4. wieder anders verhält, u. §. 347. I. g. E. No. 3.); auch das *interdictum Quod legatorum* findet gegen ihn nicht statt, *L.* 1. §. 5. *Quod legat.* (o. S 341.); der *filiusfamilias* kann mit Erlaubniss des Vaters gültig Todeshalber schenken, *L.* 25. §. 1. *h. t.* (*Marcian. Filiusfamilias, qui non potest facere testamentum, nec voluntate patris, tamen mor. cau. donare patre permittente potest*), vgl. *L.* 7. §. 4. f. *De donat.*, und nicht minder der *pupillus* — *tutore auctore*, wiewohl der *tutor* durch Gewährung der *auctoritas* sich verantwortlich macht, *L.* 1. §. 1. *De tutelae.* Auch ist der Zeitpunkt des Todes als Kriterium gültiger *mor. ca. donatio* und als *dies cedens legati* nicht identificirt worden, so dass etwa die Verlegung des letztern *a morte testatoris* auf *apertae tabulae* (o. §. 333.) auch für jene gegolten hätte, vielmehr soll bei der *mor. ca. donatio* eines Dritten an einen Sclaven einerseits zwar das Todesverhältniss des beschenkten Sclaven, nicht seines Herrn, in Betrachtung kommen, anderseits aber diese Schenkung, falls nach dem Tode des Schenkers, aber vor der Testamentseröffnung, der beschenkte Sclave freigelassen worden wäre, dennoch dem *dominus*, nicht dem *manumissus*, gehören, *L.* 44. *h t.*, was bei einem Legat, dessen *dies* in dieser Zwischenzeit cedirte, sich umgekehrt verhielte, *L.* 18. *De R. I.*, *L.* 1. §. 20. *Ut legat.*, *L.* 2. §. 3. *De collat.* *L.* 5. §. 7. *L.* 14. §. 3. *Quan. di. leg.* Und die Stipulation eines Jahrgeldes ist Todeshalber wie unter Lebenden eine einheitliche, während *annua pecunia legata* als eine Mehrheit von Legaten angesehen wird, *L.* 35. §. 7. *h. t.*,

vgl. *L. 16. pr. De V. O., L. 1. §. 16. Ad L. Falc.* Endlich unterliegt es keinem Zweifel, dass, gleichwie man Todeshalber schenken kann, ohne zu testiren, *L. 25. pr. h. t.,* so auch die Vollgültigkeit einer solchen Schenkung sowohl den gewöhnlichen Anfechtungen der Legate entzogen (o. S. 354.), *L. 20. §. 1. De leg. prae.* (*Marcian. Intestato mortuo patre super donationibus mor. ca. factis non poterit filius queri, quoniam comparatio nulla legatorum occurrit*) als auch von dem Eintritt irgend eines Erben ganz unabhängig ist, sobald nur nicht etwa die Insolvenz der Verlassenschaft (o. S. 353. f.) aufhebend entgegen tritt.

Schwierig und bestritten ist übrigens die Frage, welche Aenderung *Iustinian* durch *L. fi. C. h. t.* (*A.* 530.) in der Form der Schenkung Todeshalber getroffen habe. *v. Savigny* (*i. l.* S. 262. 250.) glaubt, dass dadurch neben die bisherige Form lediglich die Codicillarform zur Auswahl offen gestellt werde, bisher aber nach *L. 34. pr. C,* (*A.* 529.) vgl. § 2. *I. De donat.* für Schenkungen Todeshalber wie für diejenigen unter Lebenden (o. §. 151.), je nach deren Betrag formloser Vertrag oder aber gerichtliche Insinuation gegolten habe, so dass man also, nachdem noch *L. 36. §. 3. C. eod.* (*A.* 531.) hinzugekommen, die Wahl zwischen Insinuation und Codicillarform oder aber zwischen letzterer und formlosem Vertrage gehabt habe, je nachdem der Betrag über oder unter 500. *Solidi* stände. Andere (z. B. *Wiederhold i. l.*) meinen, dass durch *d. L. fi. C.* die Codicillarform als einzige und ausschliessliche Form für alle Schenkungen Todeshalber ohne Unterschied vorgeschrieben sei, u. s. w.

Diese Controverse kann hier nicht ausgetragen werden.

Ueber die Schenkung Todeshalber vgl. überhaupt: *v. Savigny* System IV, §. 170–74. u. d. das. ang. Schr. von *Müller, Schroeter, Hasse, Wiederhold.*

II. Der Begriff und Ausdruck *mortis caussa capere* kommt schon in den *Leges Furia testamentaria* (R. G. §. 84.) und *Voconia* (R. G. §. 85.) vor, und wird in beiden so mit den Legaten zusammen gestellt (*legatorum nomine mortisue caussa capere*), dass darunter ursprünglich kaum etwas anderes als die *mortis caussa donatio,* höchstens noch das Fi-

deicommiss, verstanden sein mag. Aehnlich in der Ordnung des Übergangs der *sacra priuata* bei *Cic. de LL.* II, 19. (*qui morte testamentoue eius tantundem capiat quantum omnes heredes*) vgl. R. G. §. 35. Später, namentlich in Folge der *Leges Falcidia* (o. §. 330.) und *Iulia et Papia Poppaea* (u. §. 346. R. G. §. 161.) erhielt Begriff und Wort *mortis caussa capere*, jetzt auch substantivisch *mortis caussa capio* (über die Wörter *ususcapio* und *pignoriscapio* s. *Gell.* VII, 10.), eine weitere Bedeutung und Anwendung, so dass damit alles umfasst wurde, was jemand wegen und aus Anlass des Todes eines Andern empfängt, nur dass davon in engerm und sprachgebräuchlichem Sinne die ordentlichen Hauptarten des erbrechtlichen Erwerbs, die besondern Namen und Theorie besitzen, wie Beerbung, Legat, Fideicommiss, ausgeschlossen werden, *L.* 8. *pr. h. t.* (*Ulp.*) . . . *quicquid propter alicuius mortem obuenit, mortis caussa capitur, quam sententiam et Iulianus probat, et hoc iure utimur* . . . vgl. *L.* 31. *pr. eod.* (*Gai.*) *mortis caussa capitur, quum propter mortem alicuius capiendi occasio obuenit, exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur; certe enim et qui hereditario aut legati aut fideicommissi iure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem, sed quia proprio nomine hae species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur.* Auch die *mor. ca. donatio* wird von der *mor. ca. capio* i. e. S. noch unterschieden, *L.* 38. *h. t.* (*Marcell.*) . . *nam mortis caussa donatur quod praesens praesenti dat, at mortis caussa capi intelligitur et quod non cadit in speciem donationis* . . . — So blieb denn für die eigentliche *mortis caussa capio* noch übrig *a*) was jemand *condicionis implendae caussa* erhält, mag die Bedingung einer Erbeinsetzung, Legat, Fideicommiss, Freilassung gesetzt sein, *d. L.* 8. *pr.* *L.* 31. §. 2. *L.* 38. *h. t.* *L.* 8. §. 2. *De transact.*; oder *b*) *adeundae siue praetermittendae hereditatis*, auch *legati omittendi*, *caussa*, *LL.* 8. 21. 31. §. 2. *h. t.* *L.* 2. *pr. Si quis om. ca.*; oder *c*) was eine Frau von jemanden bekommen hat, damit sie die *missio uentris nomine* impetrire, *L.* 12. *h. t.*; oder *d*) die *dos receptitia*, welche durch den Tod der Frau an den Geber zurück fällt, *L.* 31. §. 2 *h. t.*; — und wohl noch anderes, wie denn z. B. die Leistung,

welche bei einem wirklichen Legat nur *in praestatione* oder *in condicione*, nicht *in exactione* war, zwischen Legat und *mortis ca. capio* schwankte, *L.* 1. §.8. *Ad L. Falc. LL.* 19. 24. *Quan. di. leg. L.* 1. *De penu.*

Jene Fälle haben alle das gemein, dass ihnen entweder gar keine Verfügung des Erblassers, weder unter Lebenden noch auf den Todesfall, zum Grunde liegt, oder doch keine solche, welche für den Capienten unmittelbar irgend ein Recht bestellte. So wird denn auch in der obigen Figur *litt. a.*, welche der Frequenz der Anwendung nach weitaus die wichtigste ist, weder *testamentifactio* in der Person des Capienten erfordert, *L.* 55. *De C. et D.* (*Iauol. . . . quid enim interest, utrum tali personae dare iubeatur, an aliquo loco ponere uel in mare deiicere? neque enim illud, quod ad talem personam peruenturum est, testamenti nomine, sed mortis caussa capitur.*), vgl. *L.* 3. *De re. dub.*, noch kommt letzterm irgend eine Klage (auch nicht etwa nach Analogie eines Fideicommisses) zu, *L.* 8. f. *Si quis om. ca.;* die Leistung, auf welche die Bedingung gestellt ist, kommt als nackte Thatsache, nicht etwa als Erfüllung einer Schuldpflicht, in Betracht, so dass sie, z B. auf einen Sclaven als Empfänger gestellt, an diesen selbst, nicht an den Herrn, nach der Regel *Quae facti sunt ad dominum non transeunt,* geschehen muss, *L.* 44. *pr.* §. 1. *De C. et D.*

Dennoch traten solche *mor. ca. capiones* in so mannigfache Berührung mit Legaten und andern eigentlichen letztwilligen Verfügungen, und hatten mitunter einen so ähnlichen Erfolg mit diesen, dass theils gewisse Regeln der letztern geradezu auf sie übertragen wurden, oder doch vielfacher Anlass gegeben war, dieselben der Aehnlichkeit oder dem Unterschiede nach mit ihnen zusammen zu stellen und eigens zu regeln. So scheint man nicht angestanden zu haben, die Beschränkungen der Capacität *e legibus Iulia et Papia Poppaea* auch auf diese *mor. ca. capiones* zu übertragen, *LL.* 9. 36. *h. t.,* wie nicht minder einzelne Regeln über Indignität, *L.* 5. §. 18. vgl. §. 17. *De his q. ut ind.* (u. §. 347. *litt. B, b.*) Auch für den Satz, dass der Erbe sich auf die *Quarta Falcidia* nur anrechnen müsse, was er *hereditario iure*, nicht aber was er *legati nomine* u. dgl. erhält,

L. 74. *Ad L. Falc.* (o. §. 330.), wurde das *condicionis implendae caussa captum* den Vermächtnissen gleichgehalten, *L.* 91. *eod.*, und zwar auch hinsichtlich der Ausnahme für denjenigen Theil eines Legates, welcher auf des Legatars eignem Erbtheil lastet, so dass sich derselbe das, was z. B. ein *statuliber* aus seinem *peculium* gibt, zu demjenigen Theile, welchen er selbst an dem *peculium* hat, anrechnen muss, *L.* 76 *pr. L.* 44. *eod. L.* 41. *h. t.* Auch bei dem Universal-Fideicommiss gilt im Ganzen dieselbe Regel, *L.* 30. §. 7. *L.* 86. *Ad L. Falc.;* nur soll das, was der Erbe von dem Fideicommissar selbst *condicionis implendae caussa* erhält, zufolge *Const. Hadriani* und *Pii* ebensowohl auf die Quart angerechnet werden, als was er von der Erbschaft zurück zu behalten angewiesen ist, *LL.* 93 91. *eod. L.* 58. § 3. *Ad SC. Treb.* (vgl. i. A. *L.* 13. §. 6. *De H. P.*) Auch fällt in die Restitution was der Fiduciar-Erbe von einem *statuliber condicionis implendae caussa* aus dessen *peculium* erhalten hat, *L.* 41. *h. t. L.* 44. §. 4. *f. De C. et D.*, so wie es auch hinsichtlich der Passiv-Legitimation bei der *hereditatis petitio* ausnahmsweise zu einem *pro herede possessum* angerechnet wird, *d. L.* 41. *h. t. L.* 13. §. 6. *De H. P.* (*Ulp. . . . si accepta certa quantitate restituere rogatus est, non putat Pap. ab herede petendam hereditatem, quoniam pro herede, quod condicionis implendae gratia accepit, non possidetur. Sed Sabinus in statulibero contra. Et id uerius est, quia pecunia hereditaria est.*) Ebenso muss sich der Patron was er *condicionis implendae caussa* aus dem Vermögen des *Libertus* erhalten hat, auf den Pflichttheil anrechnen, wie Legate u. dgl., *L.* 3. §. 19., vgl. §. 15. ff., *De bo. lib.;* und gleichwie durch Annahme von Legaten u. dgl. wird er auch dadurch von der *bonorum possessio contra tabulas* ausgeschlossen, dass er nach dem Tode des *libertus* zufolge des Testamentes etwas annahm, was ihm *condicionis implendae ca.* zufloss, *L.* 8. §. 4. vgl. *L.* 6. §. 4. u. w. *De bo. lib.* (*quasi agnouerit iudicium*) Gleich einem Legatar u. dgl. kann endlich auch dem, welchem *condicionis implendae caussa* etwas zugewendet ist, vom Testator ein Fideicommiss aufgelegt werden, *L.* 96. §. 4. *De legat.* 1° *L.* 93. *Ad L. Falc.*, so wie auch die Alimentenforderung, welche man von jemanden

condicionis implendae ca. zufolge Testamentes erworben hat, unter das *Edictum de alimentorum transactione* gezogen wird, während dasselbe auf *alimenta*, die aus einem Rechtsgeschäft unter Lebenden geschuldet werden, keine Anwendung findet, *L.* 8. §. 2. *De transact.* Und wenn die *mortis caussa capio* davon herrührt, dass der *heres scriptus* für die Ausschlagung der Erbschaft eine Leistung empfangen hat, so wird bis auf den Betrag derselben den Legataren u. dgl. die Klage *ex edicto Si quis omissa ca. testamenti* gewährt, *L.* 2. *Si quis om. ca. L.* 24. *De A. v. O. H.*

Im übrigen zerfallen die verschiedenen Figuren der *mortis caussa capio*, wie solche oben angegeben sind, je unter ihre besondern Regeln aus einander, schliessen sich damit verschiedenen Materien an, und eignen sich daher nicht weiter zu gemeinsamer Darstellung.

---

§. 343. Ungültigkeit des Inhaltes letztwilliger Verordnungen im Einzelnen. Gemeinsames für Erbeinsetzung und Vermächtnisse. *Tit. ff. De his quae pro non scriptis habentur* (XXXIV, 8.)

I. *SC. Libonianum. — Tit. C. De his qui sibi adscribunt in testamento. (IX,* 23) *Rubr. L.* 22. *De L. Cor. de fal.*

Unter dem Namen dieses *SC.* von *a. u.* 769. (*T. Statilius Sisenna Taurus, L. Scribonius Libo Coss.* vgl. *Coll. LL. M. et R. VIII,* 7. *L.* 29. *De test. tut.*), neben welchem noch ein *Edictum D. Claudii, L.* 14. §. 2. *L.* 15. *pr. L.* 22. *pr. De L. Corn. de fal. L.* 3. *C. h. t.*, eine Verordnung unter *Nero, Sueton. Ner.* 17. (. . *cautum . . . ne quis alieni testamenti scriptor legatum sibi adscriberet.*) und weitere Senatsschlüsse und kaiserliche Constitutionen, vgl. z. B. *L.* 15. §§. 1—3. *L.* 10. §. 1. *De L. Cor. de fal.,* erwähnt werden, geht vorerst die Regel, dass bei Strafe der *Lex Cornelia de falsis* kein Schreiber eines fremden Testamentes oder Codicilles, wenn auch mit dem Willen des Testator, sich selbst oder einer in seiner Gewalt stehenden Person ein Legat, Fideicommiss oder Erbeinsetzung zuschreiben darf, *L.* 1. §. 7. *L.* 6. *pr. De L. Cor. de fal.* Für

selbstgeschrieben gilt auch das, was man sich durch seine *subiecta persona*, wenn gleich *dictante testatore*, zuschreiben lässt, *L.* 15 *pr. eod.*, es wäre denn, dass der Testator durch eine speciell zu dieser Verfügung eigenhändig beigesetzte Notiz erklärt hätte, dass er sie diesem Sclaven zu Gunsten seines Herrn dictirt habe, *L.* 15. §. 1. *eod.* Durch solche Special-Notiz (*quod illi dictaui et recognoui*) kann übrigens für jeden Schreiber dem *sibi adscriptum* der Charakter des Verbotenen benommen werden, *L.* 1. §. 8. *eod.*, und wenn der Schreiber in der Gewalt des Testator steht, so genügt hiefür schon dessen Testaments-Unterschrift überhaupt (*generalis subscriptio*), *d.* §. 8. *L.* 14. *pr. eod.*

So weit das Strafverbot langte, fand zunächst auch civile Ungültigkeit des *adscriptum* statt, indem dasselbe, zwar nicht laut einer ausdrücklichen Bestimmung des ursprünglichen *SC.* (A. M. *Rudorff*, R. G. §. 51. N. 10.), wohl aber nach einer Interpretation, welcher bald jegliche Art von Anerkennung zu Theil geworden zu sein scheint, *pro non scripto* angesehen wurde, *L.* 1. *De his q. p. n. scrip. Iul. Si quis* (*sibi*) *hereditatem uel legatum adscripserit, quaeritur, an ... pro non scripto habeatur, rel. L* 5. *eod. L* 6. *pr. L.* 14. §. 1. *De L. Cor. de fal.* vgl. *L.* 8. §. 6. *De b. p. co. ta.*

Und da das Strafverbot etwas durchgreifend und absolut gefasst war, *d. L.* 15. *pr. ... et ne uel iis uenia detur, que se ignorasse Edicti seueritatem praetendant, rel.*, u. a. m., so fanden sich bald mancherlei Fälle, in welchen auf das Gesuch des Fehlbaren, unter Festhaltung der civilen Ungültigkeit und gegen Anerkennung der letztern von seiner Seite, im Wege der *uenia Principis* oder *Senatus* von Strafe und Strafverfahren Umgang genommen wurde, *L.* 3. *C. h. t.* (*Alex.*) ... *cuius* (*poenae*) *ueniam deprecantibus ob ignorantiam et profitentibus a relicto discedere amplissimus Ordo uel diui Principes ueniam raro dederunt.* So wird z. B. in *L.* 5. *C. eod.* einem *miles* (im Allgemeinen sind *milites* von dem Strafverbote keineswegs ausgenommen, *L.* 1. §. 7. *De L. Corn. de fal. L.* 15. §. 3. *De test. mil.*) vom Kaiser die Strafe (*in quam credo te magis errore quam malitia incidisse*) erlassen; ebenso in *L.* 15. §. 5. *De L. Cor. de fal.* vom Senat einer Tochter, *quae dictante matre sua per ignorantiam*

iuris legatum sibi scripserat, und in §. 4. *ib.* einer Mutter, *cui per seruum suum dictante filio legatum scriptum esset.* Andere Fälle s. in *L* 6. §.3. *L* 14. § 2. *L.* 15. §. 1. *eod. LL.* 2. 4. *C. h. t.*

Ueber den Straferlass hinaus konnte durch solche *uenia* auch die civile Gültigkeit anerkannt oder doch andere, sonst begleitende, Nachtheile ausgeschlossen werden. Letzteres kommt z. B. in *L.* 5. *De L. Cor. de fal.* vor: (*Iul.*) *Senatus poenam remisit ei, qui legata a se testamento data codicillis sua manu scriptis ademerat. Sed quia et iussu patris id fecerat, et (minor) annorum* 25. *erat, hereditatem quoque ei capere permissum est.* Das erstere zeigt sich in *L.* 15. §. 6. *eod.*, wo der Schreiber des Testamentes den Tenor eines Universal-Fideicommisses zu seinen Gunsten zwar selbst zu schreiben angefangen, dann aber, als er an seinen Namen kam, zu schreiben aufgehört und einem andern Schreiber Platz gemacht hatte, *Si quis duobus heredibus institutis adiecerit, ut ... si uterque sine liberis decessisset, hereditas (deinde alia manu) scriptori testamenti restitueretur: placet testamentario poenam legis Corneliae remitti; sed benignius est, ut etiam ea, quae supra scripta sunt, simili modo consequatur.*

Uebrigens stand es zuweilen dahin, ob in gedachter Weise der Weg der Gnade zu beschreiten oder ob schon mit blosser Interpretation auszureichen sei, *L.* 15. §. 1. *De L. Cor. de fal.*; wie denn die Interpretation in Theorie und Praxis sich mit diesen Verordnungen vielfach beschäftigte, in ausdehnendem sowohl als in einschränkendem Sinne, immer aber in der Richtung, den Grundgedanken derselben auch ohne oder gegen die Worte zur Geltung zu bringen.

So zog man ausser Erbeinsetzung und Vermächtniss auch alle andern Verfügungen, welche zum Vortheil des Schreibers gereichten, unter das Strafverbot, als da sind: *exheredatio* eines Andern, *L.* 6. §. 1. *De L. Cor. de fal.*, Ademtion von Vermächtniss oder Freilassung, §. 2. *ib. L.* 5. *L.* 22. §. 7. *eod.*, Beifügung einer Bedingung zu solchen, *L.* 22. §. 11. *eod.*, *adsignatio liberti*, §. 8. *ib.*, *tutoris datio*, *L.* 18. §. 1. *eod.* (vgl. *Paul. III*, 6, 15.) *L.* 29. *De test. tut.*, Bestätigung eines Codicilles, worin man ein Vermächtniss erhielt, durch

ein nachheriges Testament, *L.* 22. §. 6. *De L. Cor. de fal.* Ebenso was immer eine *subiecta persona* dem Inhaber der Gewalt oder einem unter derselben Gewalt stehenden zuschreibt (o. S. 362.), *L.* 10. *pr.* vgl *d. L.* 15. *pr. eod.* — Ein Sclave, der sich im Testamente seines Herrn, wenn auch auf Befehl desselben, die *directa libertas* zuschreibt, wird nicht frei, selbst nicht, wenn die *generalis subscriptio domini* hinzutritt, aber diese, indem dadurch wenigstens der materielle Wille des Testator festgestellt scheint, verhilft ihm doch, zufolge der Formlosigkeit der Fideicommisse, zu einem Anspruch auf Freilassung *quasi e fideicommisso*, *L.* 15. §. 2. f. *L.* 22. §. 9. *eod. L.* 6. *C. h. t.* Auch wenn er sich in dem Testamente eines Dritten die *fideicommissaria libertas* oder ein Legat zuschreibt, verfällt er in das Strafverbot, *d.* §. 9. *L.* 15. §. 1. *De L. Cor. de fal.* (vgl. o. S. 362.)

Auf der andern Seite hielt man vorerst den *impubes* von diesem *crimen* frei, *L.* 22. *pr. eod.*, was besonders angemerkt wird, wohl in Folge der in dem *Edictum D. Claudii*, *d. L.* 15. *pr.*, ausdrücklich ausgeschlossenen *excusatio ignorantiae;* vgl. auch *L.* 1. §. 4. *C. De fal. mon. L.* 14. *De dolo.* Dass das *adscriptum* gültig sei, wird aber nicht gesagt. In jeder Beziehung dagegen cessirt das Strafverbot, wenn der Schreiber einen *extraneus*, welchem er adscribirt hat, erst nachher, wenn auch vor dem Tode des Testator, *in potestatem* bekam, *L.* 10. §. 1. *De L. Cor. de fal.* Unzweifelhaft erlaubt ist ferner, dass der Sohn, welcher das Testament des Vaters schreibt, auf dessen Befehl seiner Mutter, *L.* 11. §. 1 *eod.*, oder dass der Schreiber irgend welchen Testamentes seiner Frau adscribire, *L* 18. *pr. eod.*, oder dass man sich selbst eine *exheredatio* oder *ademtio* adscribirt, *L.* 22. §. 12 *eod. L.* 8. §. 6. *De b. p. co. ta.*, *quia Senatus hoc pro non scripto non facit, quod contra eum est.* Weiter kann man auch seinem Kinde, wenn es emancipirt oder *in adoptionem* gegeben ist, jeglichen Vortheil adscribiren, *L.* 22. §. 2. *De L. Cor. de fal.*, auch seinem Sclaven, gegen welchen man sich für für *fideicommissaria libertas* im Verzuge befindet, weil man diesem das so durch ihn erworbene zu restituiren hat, §. 3. *ib.*, (vgl. *L.* 30. §. 15. *De fid. lib.*); welcher Grund aber nicht so weit langt, dass auch das Legat, welches der *maritus*

manumissor servi dotalis in dem letzten Willen dieses seines *libertus* sich adscribirt, um seiner Restitutionspflicht *e lege Iulia et Papia* willen, *L.*61. *Sol. ma.*, gültig würde, *L.* 14. §.2. *De L. Cor. de fal.*, oder auch nur zu derjenigen Wirksamkeit gelangte, welche dem mit Fideicommiss belasteten Vermächtnisse, das man sich adscribirt, so weit zu Theil wird, dass das Fideicommiss als dem Erben aufgelegt erachtet, das Legat aber hinaus gestossen wird, *d.* §.2. *L.*17. *eod. L.*5. *De his q. p. n. scrip. L.*26. §.6. *De fid. lib.*

Gültig ist sodann auch, was der Vater seinem Sohne im Testament eines Kameraden zuschreibt, sofern solcher Erwerb dem *peculium castrense* zufällt (ungeachtet der nicht unbedeutenden Anwartschaft des Vaters auf dieses, o. §. 228.), *L.* 11. *pr. De L. Cor. de fal.;* ebenso was Einer dem Sclaven, *qui bona fide ei servit*, zuschreibt, weil dabei, wenn auch subjectiv böser Gedanke, doch objectiv keine Aussicht auf Erwerb vorhanden ist, *L.*22. §. 4. *eod.;* und was man seinem Kinde oder Sclaven erst auf den Zeitpunkt der Emancipation bez. Manumission hin zuschreibt, §. 5. *ib.* Und wenn der Vater seinem Sohne, *qui apud hostes est,* etwas zuschreibt, so verfällt er in die Strafe oder nicht, je nachdem dieser zurück kehrt oder in der Gefangenschaft verstirbt, §. 1. *ib.* Wer aber seinem eignen Sclaven die *fideicommissa libertas* im Testamente eines Andern zuschreibt, verfehlt sich nicht, es wäre denn, dass er es in der Absicht, einen hohen Kaufpreis zu erlangen, gethan hätte, §. 10. *ib.* Endlich wird es auch einem emancipirten Kinde, welches einziger Intestat-Erbe seines Vaters wäre, nachgesehen, wenn es sich in dessen Testament als einzigen Erben adscribirt, *L.* 1. *C. h. t.*, obgleich es sonst weder für den *emancipatus* noch für den *patronus* als Rechtfertigung des *sibi adscribere in testamento patris*, bez. *liberti*, gilt, dass ihm ohne das *adscriptum bonorum possessio contra tabulas* zustände, *L.*14. §.2. *De L. Cor. de fal.* (Desswegen ist eben *d. L.* 1. *C.*, welche nach Art der Rescripte nicht alle ihre Voraussetzungen ausdrücklich angibt, gerade weil sie *in concreto* vorhanden sein mochten, auf den gedachten Fall zu beschränken. Wären nämlich neben dem *emancipatus* noch andere *instituti*, so würde er, abgesehen von seinem *sibi adscriptum,* mit blossem

Anspruch auf *bonorum possessio contra tabulas* unter *d. L.* 14. §. 2. fallen; wären aber neben ihm noch andere Intestat-Erben, so würde er sich durch die Einsetzung *ex asse* einen Vortheil zuschreiben und sich unvermeidlich unter das Verbot und die Strafe bringen.)

Bestritten war der Fall, da jemand *sibi et Titio* adscribirte, *L.* 14. §. 1. *De L. Cor. de fal. Paul. III,* 6, 14. Es lag zunächst, für den Schreiber Ungültigkeit, für *Titius* Gültigkeit anzunehmen, wobei denn, analog der bekannten Controverse bei der so lautenden Stipulation, *Gai. III,* 103., §. 4. *I. De inut. stip. L.* 110. *pr. De V. O.*, in Frage kommen mochte, ob das *adscriptum* für *Titius* ganz oder halb gelte; so dass die mehr äusserliche Auffassung (blosse Rücksicht auf die Willensäusserung und Streichung des *sibi*, d. h. des Namens des Schreibers, daraus) auf das erstere, die mehr innerliche Auffassung (Rücksicht auf den materiellen Willen selbst und Ungültigkeit desselben für den Schreiber) eher auf das letztere führen mochte.

Mit dem gedachten Falle wurde nun aber noch ein anderer in Verbindung und Vergleichung gesetzt, nämlich der, dass der Schreiber einem *seruus sibi et Titio communis* adscribirt hatte, *pr. d. L.* 14. Und hier führte jene mehr äusserliche Auffassung gerade umgekehrt auf die gänzliche Ungültigkeit der Verfügung, weil nach Streichung des Namens des bedachten Sclaven, wegen fingirter Unechtheit, gar kein Bedachter mehr da steht, wogegen bei der mehr innerlichen Auffassung zunächst wieder zwar der Theil, welchen der bedachte Sclave dem Schreiber erwerben sollte, als ungültig, der Theil aber, welcher dem *socius* zufiele, als gültig erscheinen mochte, hiezu aber sofort noch die anderweitige Regel, dass ein *seruus communis* was er einem seiner Herren nicht erwerben kann, den übrigen erwirbt, *L.* 12. *De auct. tut. L.* 1. §. 4. *L.* 7. §. 1. *L.* 17. *De stip. ser.*, sich zur Mitanwendung präsentirte, so dass dann das *adscriptum* als total gültig für den *socius* erschiene.

Und wenn man nun die beiden angeführten Stellen zusammen hält, so ergibt sich, dass *Marcellus* (*d. L.* 14. §. 1) für das *seruo communi adscriptum*, jene mehr äusserliche Auffassung wählend, totale Nichtigkeit statuirt, und dass *Paulus*

ihm beipflichtet, ferner, dass *Paullus* (*d.* §. 14.) für das *sibi et Titio adscriptum* dieselbe äusserliche Auffassung consequent fest hält, und daher, trotz aller innern Aehnlichkeit der beiden Fälle, die totale Gültigkeit für den *Titius* annimmt, endlich dass *Iulian* sich im Kreise der besagten mehr innerlichen Auffassung bewegte, wobei jedoch Einzelnes und Bestimmteres nicht ersichtlich ist, vielleicht weil die Compilatoren hier wie anderwärts weitere Controversen-Erörterung wegliessen. Jedenfalls muss ihnen oder den Abschreibern eine sinnstörende Auslassung (die schon bei Abfassung der Basiliken vorgelegen zu haben scheint) in dem Satze zugeschrieben werden, welcher in seiner ursprünglichen Gestalt im *lib.* 22. *Quaestionum* von *Paullus* etwa so lauten mochte: *nam quum Iulianus scripsisset, si* SIBI ET TITIO *scripsisset aut seruo communi, quum pro non scripto sit* (*id quod sibi adscriptum sit*), *facillime quaeri posse, quantum Titio et socio acquiratur, rel.*

Wägt man endlich die verschiedene Auffassung von *Iulian* und von *Marcellus* ihrem Werthe nach gegen einander ab, so kann man nur sagen, dass diesem die wörtliche und niedrige, jenem dagegen die ideale und höhere Consequenz zur Seite steht. Die Grundidee, welcher sich auch alle bisher aufgezählten Regeln untergeordnet haben, war, dass jede Verfügung ungültig sei, welche dem Schreiber derselben zum Vortheil gereicht. Für diese Grundidee war es in den gewöhnlichen Fällen von Erbeinsetzung, Vermächtniss u. dgl. eine passende Formel, das *sibi adscriptum* sei *pro non scripto*, und wenn sie nicht mehr passte, wie bei Enterbung, Ademtion und andern dem Schreiber nachtheiligen oder indifferenten Verfügungen, so stand, wie sich im Obigen gezeigt hat, niemand an, die Formel bei Seite zu setzen und sich an die Grundidee zu halten. Jetzt kam die vorgedachte Verfügung zu Gunsten des *seruus communis*, welche in denselben Worten ein *sibi* und ein *alii adscriptum* enthielt, und da sollte nun nach *Marcellus* auf ein Mal jene Wortformel auf Kosten der Grundidee unverbrüchlich festgehalten werden, während *Iulian* hier wie sonst die letztere zur Geltung brachte. *Marcellus* vergass, dass die Fiction (eine solche liegt ja in dem *pro non scripto esse*),

wie gewöhnlich, nur eine relative Geltung hat (nämlich so weit als die Verfügung dem Schreiber zum Vortheil gereicht), wie das auch bei andern Fictionen (z. B. bei dem *color insaniae*, als Motiv der *querela inofficiosi*, o. §. 300. u. a. m., vgl. z. B. *L.* 2. *De inoff.* *L.* 3. §. 5. *De b. p. co. ta.* *L.* 12. §. 5. *De Publ.*) in alter und neuer Zeit manchen Andern passirt ist.

Vgl. i. G. *v. Vangerow* Pand. §. 433., *Goeschen* §. 802. *v. Savigny* Syst. III, S. 394.

II. *Poenae nomine relicta.* — *Gai. l., l. d.* §. 36. u. dazu *Theophilus*. *Ulp.* XXIV, 17. XXV, 13. *ff. et C. de his quae poe. ca. relinquuntur* (XXXIV, 6. VI, 41).

Capitolinus in Pio 8. berichtet: *Primus constituit, ne poenae caussa legatum relictum maneret* (über *v. primus* vgl. die Erwähnung von *Sabinus* in *d.* §. 36., über *v. maneret* *L.* 4 *pr. De per. et com. r. uen.* *L.* 1. §. 1. *De his q. in te. del.*, über beides *Schulting ad d. l. Ulp.*), und diese Regel dauerte bis auf *Iustinian* fort. Man bezog sie zunächst auf den Fall, wo der Erbe für irgend eine künftige Handlung oder Unterlassung, welche der Testator von ihm verlangte, erst nach der Delation der Erbschaft so verantwortlich gemacht werden soll, dass ihm zur Strafe des Zuwiderhandelns ein Legat an jemanden zu leisten auferlegt wird, *Gai. d.* § 235. *Ulp. d.* §. 17. u. *d.* §. 36. I.

Damit war aber gar nicht jedes Legat ausgeschlossen, welches an die Bedingung einer Handlung oder Unterlassung des Erben geknüpft wäre, z. B. *L.* 3 *De leg.* 2°., wie denn namentlich die Verstärkung eines Legates durch eine Strafe, welche dem Erben auf den Fall der Nichterfüllung zu Gunsten desselben Legatars aufgelegt wurde, gar kein Bedenken fand, *L.* 1. *De penu* (*heredis indeuotione coercenda*), vgl. *L.* 1. §. 8. *Ad L. Falc.* *LL.* 19. 24. *Quan di. leg.* —: sondern es kommt rein darauf an, ob die eigentliche und vorherrschende Absicht des Testator die ordentliche und erlaubte war, dem Legatar einen Vortheil zuzuwenden und ihm dadurch sein Wohlwollen zu bezeigen; oder aber die unerlaubte und tadelswerthe, den Erben in seiner rechtmässigen Freiheit zu beschränken und sich, falls er davon Gebrauch machen sollte, an ihm zu rächen, *L.* 2. *h. t. Poenam a condicione uoluntas*

testatoris separat rel. vgl. auch *L.* 12. *De C. et D. Si ita legatum sit: Quoniam filius maior ex arca mea decem sustulit, heres minor filius decem e medio sumito: debetur legatum, quia idcirco relictum est, ut condicio filiorum exaequaretur. Et sane haec caussa est; nam caussa in praeteritum, poena in futurum confertur.* Auch die eigentlichen *mulctae*, mit welchen von Alters her die Testatoren ihre Erben oder andere Personen zu Gunsten des *Aerarium populi Romani* oder *municipum* oder eines Tempels u. dgl. auf den Fall der Verletzung einer rechtmässigen Anordnung zu bedrohen pflegten, *Cic. Ver.* II, 8. 9. 14. *Horat. Ser.* II, 3, 84. ff. *Or. Inscr.* 4076. u. a., wurden durch die Regel nicht betroffen, *L.* 6. *pr. L.* 27. *De C. et D.*, wesswegen es denn besonders gesagt wird, dass der Kaiser was ihm *poenae nomine* hinterlassen werde, nicht annehme, also die Regel gewöhnlicher Vermächtnisse auf sich anwende, *d.* §. 36. Das *militare testamentum* genoss dessfalls auch keinen Vorzug, *d.* §. 36. Und wenn ein *Filiusfamilias* oder Sclave zum Erben eingesetzt ist, so gilt auch das Legat nicht, welches dem Vater oder Herrn, dem durch ihn die Erbschaft erworben wird, *poenae caussa* auferlegt ist, *L.* 1. *h. t.*

Die Regel des *poenae caussa relictum* wurde sodann von den Legaten übertragen auf die übrigen letztwilligen Verfügungen, namentlich auf Fideicommisse, Freilassung, auch Erbeinsetzung, wiewohl unter gewissen Zweifeln und Meinungsverschiedenheiten, *Gai. d.* §§. 236. 243. 288. *Ulp. d.* §. 13., so dass nun Jeder, welchem aus dem letzten Willen ein Gewinn zufloss, gegen solche ihm *poenae caussa* gemachte Auflage geschützt war. In einer *tutoris datio* fand man aber diese niemals, *Gai. d.* §. 237., wohl aber konnte nach der ausdrücklichen Angabe in *d.* §. 36. *I.* u. *L.* 1. *C. h. t.* auch eine *Translatio* (vgl. *L.* 2. *h. t.*) und selbst eine *Ademtio legati* von dem damit beschwerten Legatar unter diesem Gesichtspunkte angefochten werden.

Die ganze Regel der Nichtigkeit des *poenae caussa relictum* wurde aber von *Iustinian* durch *d. L.* 1. *C. h. t.* (*a.* 528.), vgl. *d.* §. 36. *I.*, aufgehoben, indem er und sein Zeitalter für jenes Zartgefühl der individuellen Freiheit keinen Sinn mehr hatte, und daher die gemeine Rücksicht auf mechanische Er-

leichterung der Gesetzesanwendung vorwalten liess. Nur wenn die dem Erben u. dgl. gemachte Auflage etwas unmögliches, widerrechtliches oder sonst schändliches enthält, soll er von dem ihm auf den Fall des Unterlassens oder Zuwiderhandelns aufgebürdeten Vermächtnisse u. dgl. auch dann frei bleiben, wenn er der Auflage nicht genügt. Was aber *Iustinian* so als Ueberrest der alten Regel über das *poenae nomine relictum* stehen lässt, ist wirklich ein solcher, und fällt nicht zusammen mit der bekannten Regel, dass unmögliche und unsittliche Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen als nicht beigefügt betrachtet werden; es steht aber unter der Analogie von dieser, und das Verhältniss stellt sich so: Wie bei einem gewöhnlichen Vermächtniss u. dgl. die verwerfliche Bedingung wegfällt, und der Bedachte ohne Erfüllung derselben zugelassen wird, so bleibt bei dem Vermächtniss u. dgl., welches zur Strafe für die Unterlassung von etwas unmöglichem oder unsittlichem aufgelegt ist, der Erbe ungeachtet seiner Unterlassung straffrei, und der Bedachte bekommt das Vermächtniss u. dgl. nicht, obgleich dessen Bedingung eingetreten ist.

Nachdem übrigens die Regel des *poenae nomine relictum* der Hauptsache nach aufgehoben war, so wurden demzufolge nur sehr wenige Stellen, diese Lehre betreffend, in Pandekten und Codex aufgenommen, und auch diese zum Theil interpolirt, wie denn z. B. in *L.* 1. *pr. h. t.* die Worte *illicite uel probrose* unzweifelhaft eingeschoben sind. Die Darstellung des *Theophilus* aber, sobald sie den Text der *Inst.* verlässt (v. d. W. *οἷον ἐάν τις οὕτως εἴπῃ· Τίτιος ἔστω μου κληρονόμος, εἰ μέλλει διδόναι τὴν ἰδίαν θυγατέρα πρὸς γάμον Σείῳ, ἐὰν δὲ ... μὴ ἐκδῷ ..., ἔστω αὐτῷ συγκληρονόμος ὁ Σεῖος rel.*), ist für das classische Recht ganz verwirrt.

Vgl. übrigens *Goeschen* Pand. §. 797. *v. Vangerow* Pand. §. 434. *v. Savigny* Syst. III. §§. 117. 123. f.

III. Captatorische und perplexe Verfügungen

Durch ein *SC.*, welches *Labeo* noch nicht, *L.* 29. *De her. inst.* *L.* 20. §. 2. *De cond. inst.*, wohl aber schon *Iulian*, *L.* 1. *De his q. p. n. scrip.*, und *Gaius*, *L.* 64. *De leg.* 1°, kennen,

wurden letztwillige Verfügungen, auf die Bedingung gestellt, dass der Bedachte den Testator (oder, fügte die Interpretation hinzu, auch einen bestimmten Andern, *L.* 71. §. 1. *De her. inst.*, oder ein Anderer den Testator, *pr. ib.*) hinwieder bedenke, für ungültig erklärt und damit diesem Lockmittel für Erbeseinsetzungen und Vermächtnisse von Seite des Bedachten, auf dessen Vorversterben man sich Rechnung machte, während man ihm so oder anders die entgegen gesetzte Erwartung vorspiegelte, der Reiz und Erfolg benommen, *d. L.* 64. *Captatoriae scripturae simili modo neque in legatis ualent.* Beispiele: *d. L.* 1.: *Qua ex parte me Titius heredem scriptum in tabulis suis recitauerit, ex ea parte heres esto; d. L.* 29. *Titius et Seius, quanta quisque eorum ex parte heredem me habuerit scriptum, heres mihi esto; d. L.* 71. §. 1. *Titius si Maeuium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit probaueritque, heres esto;* vgl. *d. L.* 20. §. 2. *si me heredem institueris, si quid mihi legaueris* u. s. w.

Jener Grundgedanke des Verfänglichen in einer letztwilligen Verfügung wird aber als Bedingung der Nichtigkeit (des *pro non scripto esse*) stets festgehalten, so dass, wo derselbe entschieden cessirt, der Gültigkeit einer, wenn auch ähnlich lautenden, Verfügung kein Hinderniss entgegen stehen soll. So wird in *d. L.* 71. *pr.* (vgl. auch *L.* 2. *pr. eod.*) die Verordnung *Qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Maeuius heres esto* — für tadellos erklärt, weil die Einsetzung des Erblassers durch *Titius* nicht auf die Zukunft, sondern auf die Vergangenheit gestellt ist. Ebenso wird in *L.* 81. §. 1. *eod.* die andere Einsetzung *Quanta ex parte me a Titio heredem institutum recitassem* (d. h zu welchem Theile *Titius* laut dem von mir verlesenen Testamente mich zum Erben eingesetzt hat), *ex ea parte Sempronius mihi heres esto* auch nicht für captatorisch gehalten, wiewohl natürlich auch abgesehen von diesem Fehler dieselbe in dem besondern Falle, wo dabei die Verlesung des in Bezug genommenen Testamentes gar nicht stattgefunden hätte, als inhaltslos zerfällt. (Die Stelle hat übrigens, wie längst aufgefallen ist, etwas verdächtiges, insbesondere in dem Worte *recitassem*, vgl. *Glück* Pand. XL, S. 206., *Bynkershoek, Iensius i. l.*) Endlich weis't *Papinian* in *L.* 70. *eod.*

auch im Allgemeinen sehr bestimmt auf den obigen Grundgedanken zum Behufe richtiger Begrenzung der Regel hin: *Captatorias institutiones non eas Senatus improbauit, quae mutuis affectionibus iudicia prouocauerunt, sed quarum condicio confertur ad secretum alienae uoluntatis;* — wonach denn auch wohl eine Verfügung zu Recht bestände, die offen und ohne Arg z. B. etwa so lauten würde: „Da ich mit dem N. N. in ungetrübter Freundschaft gelebt habe und überzeugt bin, dass er auch mich in seinem letzten Willen bedenken wird (oder sogar: und wir uns das Wort gegeben haben, uns gegenseitig in unserm letzten Willen zu bedenken), so setze ich denselben u. s. w.: in welchem allem immer noch keine *condicio ad secretum alienae uoluntatis collata* zu finden wäre.

Man hat, zumal in neuerer Zeit, verschiedentlich behaupten wollen, wenn die Verfügung des Captirenden ungültig sei, so könne noch viel weniger die durch solche Captation veranlasste Verfügung (des Captirten) zu Gunsten des erstern u. dgl. gelten, oder das so Erlangte müsse diesem wenigstens als einem *indignus* (u. §. 347.) entzogen werden. Allein von einem solchen Satze findet sich nicht allein in den Quellen keine Spur, sondern die Römer verwarfen denselben wohl mit vollem Bewusstsein, indem sie die gewöhnlich hoffnungslose Frage, ob eine formell richtig beschaffene Verfügung durch diese oder jene verfängliche Verfügung des Bedachten oder eines Andern wirklich veranlasst (captirt) worden sei, absichtlich von jeglicher Rechtserörterung fern hielten, sich vielmehr mit der Nichtigkeit der verfänglichen Verfügung selbst und der dadurch bewirkten objectiven Unfähigkeit zu wirksamer Captation begnügten, und sich übrigens der Regeln des *dolus* u. dgl. überhaupt getrösteten.

B. Perplexe Verfügungen sind ebenfalls ungültig. Als solche pflegt man heutzutage (die Römer haben daraus nicht so technisch einen eignen Artbegriff gebildet) diejenigen zu nennen, welche durch beigefügte, an sich nicht unmögliche Bedingungen, also durch den Willen des Testator selbst, in eine Lage gebracht sind, dass sie niemals zur Wirksamkeit gelangen können, indem sie einen innern Widerspruch enthalten. So führt *Marcian* in *L. 16. De cond. inst.* das Bei-

spiel an: *Si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto;* welche Einsetzung *Iulian* für *inutilis* erkläre, *cum condicio existere non possit.* Ökonomisch, wenn auch nicht logisch, ist der Widerspruch in dem Vermächtniss von 50. *aurei, si* 50. *heredi dedisset,* von welchem in *L.* 65. *Ad L. Falc.* (*Paul.*) gesagt wird, *inutile esse legatum et magis ridiculum esse,* was sich aber schon anders verhalte, wenn unter derselben Bedingung ein *fundus* 50. *dignus* legirt sei, indem allerdings immer noch ein Vortheil darin liegen kann, ein gewisses Grundstück oder sonstige *species* zum wahren Werthe zu erhalten. In *L.* 88. *pr. eod.* (*Afric.*) wird ferner der Fall angeführt: *Qui* 400. *habebat,* 300. *legauit; deinde fundum tibi dignum* 100. *aureis* . . . *legauit, si legi Falcidiae in testamento suo locus non esset;* dazu: *dixi τῶν ἀπόρων, i. e. ex perplexis* (*cf.* Gell. *IX,* 15,6.), *hanc quaestionem esse, qui tractatus apud dialecticos τοῦ ψευδομένου, i. e. frustratorii cauillatoriique, dicitur: etenim quicquid constituerimus uerum esse, falsum reperietur, rel.* Doch wird nicht ohne weiteres auf die logische Perplexität abgestellt, um das Legat als erfolglos anzusehen, sondern es wird zu diesem Behufe auf wirkliche *interpretatio uoluntatis* zurück gegangen, nämlich so: *quum uoluntatem testatoris eam fuisse appareat, ut propter tuum legatum ceterorum legata minui nollet, magis est ut statuere debeamus, tui legati condicionem defecisse.* Woraus denn folgen würde, dass, wenn das so bedingte Legat 200. und die frühern Legate zusammen auch 200. betrügen, jenes im Betrage von 100., indem es den Abzug für alle allein erlitte, entrichtet werden müsste. Und so wird in §. 1. *ib.* wirklich statuirt, und zwar auf dem Denkwege, die Bedingung sei hier umgekehrt als eingetreten anzusehen, das Legat werde also *ipso iure* ganz geschuldet, müsse dann aber auf Grund des Willens des Testator mittelst *Exc.º doli* (wie in andern Fällen, wo die Bewirkung des Falcidischen Abzugs *ipso iure* ausnahmsweise nicht angeht, o. §. 330.) auf den Betrag von 100. reducirt werden. Schliesslich wird dann in §. 2. *ib.* noch die rechte Form angewiesen, in welcher ohne *perplexum* der gedachte Testamentswille des Falles in §. 1. seinen unmittelbaren Ausdruck finden kann, näm-

lich so: Erst werden die sämmtlichen Legate (die erstern, welche zusammen 200. betragen, und das letztere von 200.) geradezu und auf gleicher Linie verordnet, wobei stillschweigend dahin gestellt bleibt, wie dieselben gleichmässig *ipso iure pro rata* unter den Abzug der *Falcidia* fallen werden; dann aber wird beigefügt: *Si quo amplius legaui uel legauero quam per legem Falcidiam licebit, tum quantum ad supplendum quadrantem deduci oportet, ex eo legato, quod Titio dedi, heres meus damnas esto dare.*

Etwas perplexes findet ferner *Marcellus,* nach *L.* 4. *pr. De cond. inst.* (*Ulp.*) in der Einsetzung *Si socii una bonorum meorum permanserint usque ad annos* 16., *heredes sunto,* und insofern mit Recht, als man *socii*, gewöhnlichem Sprachgebrauche gemäss, auf incidente Erbgemeinschaft bezieht; wogegen *Iulian* auch hier mit *benigna interpretatio* dahin zu Hülfe kommt, dass die *heredes scripti* schon vor dem Erwerb der Erbschaft einen Societäts-Contract betreffend dieselbe eingehen, und dann, je nach Umständen, durch Abwarten der Zeit oder mittelst Caution der Bedingung genügen mögen.

Als entschieden perplex und unheilbar behandelt *Paullus* in *L.* 39. *De man. te.* die Verfügung: *Stichus seruus meus, si eum heres alienauerit, liber esto,* oder *si heredis mei esse desierit, liber esto,* ebenso das Legat einer Sache, in ähnlicher Weise durch deren Veräusserung bedingt. Das Entscheidende liegt darin, dass zufolge des directen Willens des Testator die Freilassung oder das Legat erst in einem Zeitpunkte sich verwirklichen soll, wo die Möglichkeit einer Verfügung über den Sclaven, bez. über die Sache, für den Erblasser und den Erben aufgehört hat: — das ist eben das Perplexe und Vernichtende.

Von den perplexen Bedingungen sind endlich noch die s. g. *praeposterae* zu unterscheiden, d. h welche gerade darin eine Art von Widerspruch in sich zu enthalten scheinen, dass der Erfolg der erfüllten Bedingung auf einen frühern Zeitpunkt gesetzt wird, als die Erfüllung der Bedingung eintreten kann, z. B. wenn durch Testament oder Vertrag festgesetzt wird: *si nauis ex Asia uenerit, hodie dare,* womit im Gebiete der Verträge nahe verwandt ist die *Sti-*

pulatio Pridie quam morieris dari, §. 13. f. I. *De inut. stip.* Das classische Recht erklärte wegen solcher Bedingung oder *dies* die ganze Willenserklärung, unter Lebenden oder auf den Todesfall, für perplex und ungültig; wogegen erst K. *Leo* sie für Dotalverträge zuliess, dann aber *Iustinian* durch *L.* 25. *C. De testamentis* (*a.* 528.) ihre Gültigkeit allgemein anerkannte, und sie so von den perplexen unterschied, in der Meinung, dass solche Willenserklärung, unter Lebenden oder auf den Todesfall, wenn sie auch anders laute, doch von dem Eintritte der Bedingung oder des *dies* an ihre Wirksamkeit haben sollte. Dass übrigens auch im classischen Rechte jener Ungültigkeitsgrund nicht in allen Fällen unzweifelhaft oder unbestritten war, und dass er überhaupt *cum grano salis* verstanden wurde, zeigen zur Genüge Stellen wie *L.* 64. *De V. O., L.* 40. *De R. C., L.* 17. *pr. De usuris.*

Vgl. übrigens zu III. *Goeschen* Pand. §§. 796. 798., *v. Vangerow* Pand. §. 434., *v. Savigny* Syst. III, §. 123.

IV. *Condicio iurisiurandi.*

Das Edict missbilligt letztwillige Verfügungen, welche eine Erbeseinsetzung oder ein Legat an die Bedingung eines promissorischen Eides knüpfen, und erlässt daher ein für alle Mal die Erfüllung solcher Bedingung, d. h. die Abschwörung des Eides, und behandelt die Verfügung als eine unbedingte, in der Meinung jedoch, dass der zum Eide gestellten Auflage, falls sie nichts verwerfliches enthält, als einem ordentlichen *modus,* Genüge geleistet werden müsse, *L.* 8. *pr.* §. 1. vgl. §. 7. *De cond. inst*; wo *Ulpian* zur Begründung die Absicht anführt zu verhüten, dass einerseits leichtfertige Eide begünstigt werden (da mit dem blossen Eide, auch ohne dessen Haltung, die Bedingung erfüllt wäre), anderseits aber die Scheu vor dem Eide manche gewissenhafte Personen von dem Erwerbe des ihnen Zugedachten abschrecken möchte. Dasselbe galt auch für Fideicommisse, §. 2. *ib.*, obgleich sie unter anderer Jurisdiction standen (*Keller* Civ. Pr. §. 81. N. 973.), und wurde auf *mortis ca. donatio* ausgedehnt, §. 3. *ib.*, wenn etwa der Beschenkte auf den Fall, dass er ein gewisses eidliches Versprechen nicht leiste, die Rückgabe promittirt hatte, obgleich sonst bei Rechtsgeschäften unter

Lebenden der Eid nicht so behandelt wurde, *L.* 19. §. 6. *De donat.* Auch wenn jemand alternativ unter der Bedingung zu schwören oder etwas anderes zu thun bedacht war, wurde die ganze Bedingung in der einen und andern Alternative erlassen, damit er sich nicht zu schwören verleitet finde, §. 5. *d. L.* 8. vgl. *L.* 26. *pr. De C. et D.*, während natürlich die andere Bedingung zu erfüllen ist, wenn ihm beide cumulativ aufgelegt sind, §. 4. *d. L.* 8.

Für den Erlass des Eides braucht man sich im einzelnen Falle bei dem Prätor nicht zu melden, der Erlass findet vielmehr allgemein und *ipso iure* statt, so dass die Delation von Erbschaft und Vermächtniss (*dies cedens* u. dgl.) dieser Bedingung halber nach der Art einer unbedingten Verfügung vor sich geht, §. 8. *d. L.* 8 Doch ist diese Wirksamkeit nur eine prätorische, welcher aber die gewöhnlichen Schutzmittel, wie *bonorum possessio, actiones utiles* u. s. w., zur Seite stehen, *L.* 63. §. 9. f. *Ad SC. Treb.* *L.* 14. §. 1. *De leg.* 3º. *L.* 20. *pr. De bo. lib.*, vgl. *L.* 1. §. 3. *Ad L. Falc.*, und nur wegen unerfüllter Auflage, so weit dieselbe dem Obigen zufolge festgehalten wird, wieder versagt werden, §. 6. *d. L.* 8., *L.* 26. *pr. De C. et D.*, während *iure civili* stets wahr bleibt, dass für den, welcher die Bedingung des letzten Willens nicht erfüllt hat, auch keine Delation u. dgl. eintreten kann.

Gerade in diesem letztern Verhältniss liegt denn auch der Grund, wesshalb die ganze Regel für letztwillige Freilassungen keine Geltung erlangte, vielmehr bei diesen die *condicio iurisiurandi* aufrecht gehalten wurde, denn für *iusta libertas* kann durch prätorische Rechtsmittel kein Äquivalent verschafft werden, wie diess hingegen bei Erbschaft und Vermächtnissen möglich war, *L.* 12. *pr. De man. te.* (*Ulp.* .... *si quis remiserit condicionem libertatis, ipsam libertatem impedit, rel.*), vgl. §. 1. ff. *ib.* *L.* 36. *eod.* *L.* 13. §. 3. *L.* 24. *De statul.*

Nebenbei bleibt die *condicio iurisiurandi* auch da gültig bestehen, wo durch den Eid eine Verpflichtung (namentlich *operarum* durch einen *libertus*) übernommen werden soll, deren Übernahme durch Eid ohnehin in der Sitte des ordentlichen Verkehres liegt (o. §. 254., S. 226.), *L.* 7. §. 1. *De op. lib.*

Das *testamentum militis* ist gegenüber diesem Edicte in keiner Weise bevorzugt, *L.* 29. §. 2. *De test. mil.*

Schwierig ist endlich die Ausnahme von dem sonstigen Erlass des Eides, welche von den Meisten auf Grund der *L.* 97. *De C. et D.* bezüglich auf Stadtgemeinden angenommen wird, indem die Gründe solcher Ausnahme, wie man sie verschiedentlich unterstellt (z. B. *v. Savigny i. l.*: eine Stadt könne weder leichtsinnig noch abergläubisch sein, die Gesinnung der Beamten aber sei ungefährlich, weil diese kein eignes Interesse haben), alle wenig überzeugendes haben. In jener Stelle heisst es nämlich aus und zu *Neratius*: *Municipibus si iurassent legatum est: haec condicio non est impossibilis. Paullus: quemadmodum ergo pareri potest? per eos itaque iurabunt, per quos municipii res geruntur.* Wäre nur die Äusserung des *Neratius* selbst, so möchte man vermuthen, dass sie gegen eine Meinung gerichtet wäre, derzufolge die Bedingung als eine unmögliche ganz (d. h. mit Eid und Auflage als *modus*) wegfallen sollte; so aber muss dahin gestellt bleiben, wie vielleicht die Stelle von den Compilatoren gekürzt worden, und worauf sich der den *municipes* in Bedingung gestellte Eid bezogen habe; wie denn auch in *L.* 62. *pr. De A. v. O. H. Iavol.*: *Antistius Labeo ait: si ita institutus sit: Si iurauerit heres esto: quamuis iurauerit, non tamen eum statim heredem futurum, antequam pro herede aliquid gesserit*) nicht ersichtlich ist, ob der Eid seines Inhalts wegen, oder weil obiges Recht des Edictes zu *Labeo*'s Zeit noch nicht gegolten, oder aus anderm Grunde (*v. Savigny i. l.* nimmt an, dass der Erbe freiwillig geschworen habe) als geschworen und nicht als erlassen vorausgesetzt wird.

Uebrigens findet sich von diesem Rechte so viel schon zu *Cicero*'s Zeit, dass wegen einer testamentarischen Eidesauflage, wenn der Eid auf eine verbotene Handlung gerichtet werden sollte, der Prätor angegangen und von ihm der Eid erlassen, die *bonorum possessio secundum tabulas* aber mit vollem Erfolge gewährt werden konnte, *Cic. in Ver. I,* 47. *T. Trebonius . . . complures fecit heredes, in his fecit libertum suum. Is A. Trebonium fratrem habuerat proscriptum. Ei cum cautum uellet, scripsit, ut heredes iura-*

rent, se curaturos, ut ex sua cuiusque parte ne minus dimidium ad A. Trebonium fratrem illum proscriptum perueniret. Libertus iurat, ceteri heredes adeunt ad Verrem: docent non oportere se iurare, facturos esse quod contra legem Corneliam esset, quae proscriptum iuuare uetat. Impetrant ut ne iurent. Dat his possessionem. Id ego non reprehendo ..., praetorium est, rel.

Wenn aber *Huschke i. l.* hieraus und aus dem gleichzeitigen Decrete von *Verres*, durch welches dem *Libertus*, der geschworen hatte, die *bonorum possessio* versagt wurde (welches Decret aber *Cicero* als ein ungerechtes und aller Übung zuwiderlaufendes seinem Urheber zum bittern Vorwurfe macht), den Schluss ziehen will, das obgedachte Edict habe damals (*a. u.* 680.) schon lange bestanden und (bald nach der *Lex Voconia* aufgestellt) dahin gelautet, dass jede letztwillige Verfügung mit der Bedingung eines auf Unrechtliches gerichteten Eides ganz zu vernichten und nur ausnahmsweise zu Gunsten dessen, der sich unter Ablehnung der ganzen Bedingung (des Eides und der damit zu übernehmenden Auflage) bei dem Prätor melde, aufrecht zu erhalten sei; und erst durch spätere Interpretation sei dieses Recht dahin umgewandelt worden, wie *Ulpian* in *d. L.* 8. es darstellt: so scheint auch mir (wie *v. Vangerow i. l.*) diese Ansicht weder durch innere Wahrscheinlichkeit noch durch die Quellenzeugnisse gerechtfertigt zu sein; wobei indessen so viel einzuräumen ist, dass zu den von *Ulpian* angegebenen Rücksichten (o. S. 375.) auch die hinzutreten mochte, dass in der That wohl nicht selten die Absicht des aufgelegten Eides auf eine Verletzung oder Umgehung der Gesetze gerichtet war, wodurch sich die Zusammenstellung der *condicio iurisiurandi* mit den *turpes condiciones*, *L.* 20. *De C. et D.* (*quo in numero plerumque sunt etiam iurisiurandi*), vgl. *d. L.* 8. *pr.* (*turpiter accipiendo condicionem iurare*) genügend erklärt. Endlich scheint *L.* 112. § 4. *De leg.* 1º (*Marcian. Diui Seuerus et Antoninus rescripserunt, iusiurandum contra uim legum et auctoritatem iuris in testamento scriptum nullius esse momenti*, vgl. *L.* 2. *C. Co. de leg.*) eher auf einen eignen Eid des Testator zu gehen, und auch in *L.* 77. § 23. *De leg.* 2º (*fideicommissa tabulis data cum iurisiurandi*

religione praestari rogauerat) ist nicht von einem aufgelegten Eide, sondern bloss von der Bitte, den Fideicommissen wie einer beschwornen Pflicht Genüge zu leisten, die Rede.

Über diese Lehre s. *v. Savigny* Syst. III, §. 123. S. 185. ff. *Huschke* i. d. Z.-Schr. f. C. R. u. Proc XIV, 12. *v. Vangerow* Pand. §. 434., u. ang. Schr.

V. Zwang, Betrug, Irrthum. *Falsa caussa* und *demonstratio*.

Zwang und Betrug bewirken bei letztwilligen Verfügungen im Ganzen dieselbe Anfechtbarkeit wie bei Rechtsgeschäften unter Lebenden (o. §. 113.), nur dass der Betrug weniger zur Sprache kommt, weil schon der Irrthum an sich in weiterm Umfange zur Entkräftung geeignet ist.

Wenn insbesondere jemand die Abfassung eines letzten Willens im Ganzen durch Zwang oder Arglist verhindert oder herbeiführt, so bildet das gegen ihn einen Indignitätsgrund, wovon u. §. 347.

Über den Irrthum werden folgende Regeln aufgestellt.

1. Wenn der Testator sich in der Person des Bedachten irrt, indem z. B. der Freund *A.* im Testament als Erbe steht, während der Testator den Vetter *B.* einsetzen wollte (*in corpore hominis errare*): so ist diese Verfügung einfach ungültig, weil der eingesetzte *A.* nicht gewollt wird und der gewollte *B.* nicht eingesetzt ist, *L.* 9. *pr. De her. inst.*

2. Dasselbe findet statt, wenn die Verwechselung sich auf den Gegenstand eines Vermächtnisses bezieht, §. 1. *ib.* (*dum uult lancem relinquere, uestem legat*), vgl. *L.* 4. *pr. De leg.* 1º. vº. *Sed si in corpore errabit, non debebitur.*

3. Wenn dagegen die Irrung nur in der Grösse des Erbtheils geschah, indem derselbe nach dem Willen des Testator z. B. die Hälfte betragen sollte, irrthümlich aber von ihm selbst oder dem Schreiber ein Viertheil geschrieben wurde, oder umgekehrt: so wird der gewollte, nicht der geschriebene Erbtheil aufrecht erhalten: dort, wie man *benigna interpretatione* und gestützt auf Rescripte annahm, *quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum*, d. h. weil bei der *nuncupatio* wenigstens (vgl. o. §. 276.), als dem hauptsächlichen und immer wesentlichen Bestandtheil der Testaments-

form, dem Testator sein richtiger Wille und nicht die irrthümliche Schrift im Sinne lag, §. 2. *d. L.* 9. *De her. inst.*; hier, *quoniam inest quadrans in semisse*, d. h. weil bei der irrig geschriebenen Hälfte der richtige Wille wenigstens für den darin begriffenen Viertheil vorhanden ist, §. 3. *ib.* Und das letztere gilt auch, wenn ein Vermächtniss von 100. gewollt, dafür aber irrthümlich 200. geschrieben wird, §. 4. *ib.*, vgl. i. *G. L.* 15. *pr. De leg.* 1°; wie denn auch ein solcher Fall ganz reinen Schreibfehlers bei *Quinctil.* VII, 6, 11. erwähnt wird (*qui sestertium nummum quinque millia legaverat, cum emendaret, sublatis sestertiis nummis — argenti pondo posuit, quinque millia manserunt. Apparuit tamen, quinque pondo dari voluisse, quia ille in argento legato modus et inauditus erat et incredibilis.*).

4. Wenn eine beabsichtigte Bedingung ungeschrieben blieb, oder wider den Willen des Testators entfernt oder verändert wurde, so ist die Verfügung ungültig; wenn dagegen irrthümlich eine Bedingung beigefügt wurde, so gilt die Verfügung als *pura*, indem nur die Bedingung als in der *nuncupatio* nicht begriffen angesehen wird, §. 5. f. *d. L.* 9. (Von einem ganz andern Falle handelt *L.* 8. *C. De inst. et subst.*)

5. Wenn es der Wille des Testator ist, den *A.* allein, und zwar zur Hälfte, zum Erben einzusetzen, aber irrthümlich *A.* und *B.* als *instituti* geschrieben werden, so wird *B.* als nicht geschrieben, *A.* aber als zur Hälfte eingesetzt betrachtet, so dass ihm nur folgeweise, weil er keinen Miterben neben sich hat, die ganze Erbschaft zufällt, §. 7. *d. L.* 9.

6. Wohl zu unterscheiden von dem oben (1. u. 2) gedachten Irrthum über die Identität des Bedachten oder der vermachten Sache ist der blosse Irrthum in dem Eigennamen des einen oder der andern. Dieser Irrthum schadet der Gültigkeit der Verfügung nicht, sobald nur die Person oder die Sache, welche wirklich gemeint ist, ausser Zweifel steht, §. 29. *I. De legat.* *L.* 4. *pr. eod.* 1° *L.* 7. §. 1. *C. eod.* *L.* 4. *C. De testam.* *L.* 8. §. 2. *De b. p. sec. ta.* Ungültig wird hingegen ein Vermächtniss dadurch, dass die dabei gemeinten Sachen unter einem entschieden unrichtigen Gattungsnamen begriffen werden, *L.* 4. *pr. De leg.* 1°, z. B. *si quis, cum vellet vestem*

legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione uestem contineri, oder *si quis putet, auri appellatione electrum uel aurichalcum contineri, uel, quod est stultius, uestis appellatione etiam argentum contineri*, vgl. auch *L.* 7. §. 2. *L.* 10. *De supell. leg.;* zwar wird dabei für die oft zweifelhafte Grenze zwischen zwei Gattungsbegriffen, ferner für die Verschiedenheiten und Uneigentlichkeiten des Sprachgebrauches, endlich auch für eine gewisse Unbeholfenheit des Ausdrucks u. dgl. ein billiger Spielraum eröffnet, z. B. *L.* 69. §. 1. *De leg.* 3º (*iuuenes legati;* welches Alter? es komme auf die Meinung des Testator an) . . . *non enim in caussa testamentorum ad definitionem utique descendendum est, cum plerumque abusiue loquantur, nec propriis nominibus ac uocabulis semper utantur;* *L.* 18. §. 3. *De instruc.* . . . *optimum ergo esse* . ., *non propriam uerborum significationem scrutari, sed in primis, quid testator demonstrare uoluerit, deinde in qua praesumtione sunt qui in quaque regione commorantur;* *L.* 9. *pr. De tritico* . . . *haec omnia* (nämlich *mulsum, zythum, camum, ceruesia, hydromeli, conditum, oenomeli, passum, defrutum, acinaticium, cydoneum, acetum*) *ita demum uini nomine non continentur, si modo uini numero a testatore non sunt habita, rel.;* *L.* 3. §. 5. *De supell.* . . . *hodie propter usum imperitorum si in argento relatum sit candelabrum argenteum, argenti esse uidetur, et error ius facit;* endlich *L.* 24. *De re. dub.*: *Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari, et secundum id quod credibile est cogitatum credendum est.* Aber den Extremen der Sprachlicenz gegenüber hielt man doch die Grenze fest, dass die Namen der Dinge etwas festes, überhaupt die Sprache etwas gemeinsames und in einer gewissen Übung der Menschen wurzelndes bleiben müsse, und dass der sie nicht nach eigner Willkür sich schaffen und ohne Rücksicht auf das Verständniss Anderer gebrauchen darf, welcher eine Geltung seines Ausspruches gegen Andere und vor Recht verlangt. Das führte, wenn auch nicht ohne Widerspruch im Ganzen und manche Meinungsverschiedenheit im Einzelnen, zur Festhaltung der obigen Regel, indem man auf die natürliche Wahrheit zurück ging, dass zu einer rechten Willenserklärung nicht bloss

der **Wille**, sondern auch die **Erklärung** gehöre; wovon man übrigens auch die umgekehrte Consequenz unbeschränkt annahm, dass selbst die deutlichste Erklärung nicht gelten könne, wenn der scheinbar durch sie kundgegebene Wille in der That nicht vorhanden sei, m. a. W., dass nichts für gesagt gelte, was der Redende **nicht wolle**. So ergänzen sich gegenseitig Stellen wie folgende: *L.* 25. §. 1. *De leg.* 3.° (*Paul.*) *Cum in uerbis nulla ambiguitas est, non debet admitti uoluntatis quaestio*, vgl. z. B. *L.* 30. *pr.* *L.* 33. §. 1. *eod.* *L.* 79. *eod.* 1.°, auch *L.* 19. *De usu et usufr.* (. . . *interdum plus ualet scriptura quam peractum sit*); sodann *L.* 69. *pr.* *De leg.* 3.° (*Marcell.*) *Non aliter a significatione uerborum recedi oportet quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem;* weiter *d. L.* 4. *pr.* *De leg.* 1.° . . . *rerum enim uocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia;* endlich die treffliche Hauptstelle *d. L.* 7. § 2. *De supell.* (*Cels.*) *Seruius . . . non ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere. Id Tubero parum sibi liquere ait, nam quorsum nomina, inquit, nisi ut demonstrarent uoluntatem dicentis? equidem non arbitror quemquam dicere quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet, nam uocis ministerio utimur* (vgl. *Cic. p. Caec.* 18. a. E.); *caeterum nemo existimandus est dixisse quod non mente agitauerit. Sed etsi magnopere me Tuberonis et ratio et auctoritas mouet, non tamen a Seruio dissentio, non uideri quemquam dixisse cuius non suo nomine usus sit; nam etsi prior atque potentior est, quam uox, mens dicentis, tamen nemo sine uoce dixisse existimatur, nisi forte et eos, qui loqui non possunt, conatu ipso et sono quodam καὶ τῇ ἀνάρθρῳ φωνῇ dicere existimamus.*

7. Gleichwie der unrichtige Name der Gültigkeit keinen Eintrag thut, sobald nur sonst fest steht, **wer** und **womit** bedacht wird (o. Nr. 6.), so schadet unter derselben Voraussetzung auch eine anderweitige unrichtige Bezeichnung, *falsa demonstratio*, nicht, z. B. wenn der legirte Sclave *Stichus* als *uerna* bezeichnet wird, während er gekauft ist, oder als *quem a Seio emi*, während er von einem Andern gekauft ist, §. 30. I. *De legat.*, oder als Schuster oder Koch, was er nicht ist, *L.* 17. *pr.* §. 1. *De C. et D.*, oder wenn der Erbe oder

Legatar der Wahrheit zuwider Bruder, Maler u. dgl. zugenannt wird, *Ulp.* XXIV, 19. *L.* 33. *pr. d. L.* 17. §. 1. *De C. et D.*, *L.* 48. §. 3. L. 58. §. 1. *De her. inst.* *L.* 21. § 1. *Qui te. fa. po*, z. B. *d. L.* 48.: *Si in patre uel patria uel alia simili assumtione falsum scriptum est, dum de eo, qui demonstratus sit, constet, institutio ualet.* Bisher stand die *demonstratio* neben dem Namen der Person oder Sache: sie kann aber auch anstatt des Namens gebraucht werden, und es gilt dann zunächst dieselbe Regel, *L.* 34. *pr. De C. et D.* (*Flor.*) *Nominatim alicui legetur* (*Cod. Colladon.: Si ... legetur*) *ita: Lucio Titio; an per demonstrationem corporis uel artificii uel officii uel necessitudinis uel affinitatis, nihil interest; nam demonstratio plerumque uice nominis fungitur, nec interest falsa an uera sit, si certum sit, quem testator demonstrauerit,* vgl. *L.* 9. §. 8. *De her. inst.*, und entschieden hierher gehört auch *L.* 25. §. 1. *De lib. et po.* (*Paul.*) .. *scripsit id, quod in utero haberet* (*filia*), *ex parte heredem*; ... *cum* (*eadem*) *die* (*prius*) ... *rure sit enixa* ..; *institutionem iure factam uideri* (*respondit*). Bei fungibeln Sachen geht Art und Summe für den Namen, und auch hier gilt zunächst dasselbe, ob die *demonstratio* jene Angabe (sie mag auch, wie der Name, richtig oder unrichtig sein, *L.* 108. §. 10. *De leg.* 1° *qui* 5. *in arca habebat ita legauit:* 10. *quae in arca habeo* .., *ualebit ita .. ut sola* 5. *debeantur*) begleite oder ersetze, so z. B. wenn legirt ist: *ex* 100., *quae Titio legaui,* 50. *heres Seio dato,* so bekommt *Seius* 50., auch wenn dem *Titius* nichts legirt ist, *L.* 72. §. 8. *De C. et D.*, und wenn so: *heres meus Titio dato quod ex testamento Sempronii debetur mihi*, so bekommt *Titius* das dem Testator von *Sempronius* zugewandte Legat, wenn gleich der Bedachte (jetzige Testator) dasselbe novationsweise von dem Erben des *Sempronius* stipulirt und es also nicht mehr *ex testamento*, sondern *ex stipulatu* zu fordern hatte, *L.* 76. §. 3. *De leg.* 2.°

Bei allem dem gibt es aber doch Fälle, in welchen die *demonstratio* eine eindringlichere Bedeutung erlangt: namentlich wenn darin etwa die einzige Bezeichnung des Objectes der Verfügung enthalten ist, dieses also, falls die *demonstratio* nicht zutrifft, ganz unerkennbar ist; sodann, wenn im Sinne des Testator auf das in der *demonstratio*

enthaltene Merkmal ein solcher Werth gesetzt ist, dass die Verfügung, falls dieses fehlt, gar nicht gewollt wird, wodurch denn die *demonstratio,* bei aller bloss bezeichnenden Form, die Bedeutung einer Bedingung annimmt.

Erscheinungen, in welchen diese beiden Gesichtspunkte theils jeder für sich, theils in Berührung mit einander hervortreten, sind folgende:

a) Wenn *A* mir legirt *quod Titius sibi debet,* so ist das ungültig, wenn *Titius* ihm nichts schuldet, ebenso wenn ich dem *Titius,* der mir nichts schuldet, legire *quod mihi debet, L.* 75. §. 1. *De leg.* 1.° (*Ulp.*) — *euidenti ratione* ... *quia non apparet quantum fuerit legatum;* vgl. *L.* 25. *De lib. leg.* Wenn ich dagegen dem *Titius,* welchem ich nichts schulde, legire *decem quae ei debeo,* so hat er 10. als Legat zu fordern, und der Beisatz *quae ei debeo* bleibt als gemeine *demonstratio* unbeachtet (*falsa demonstratio non perimit legatum*), *d.* §. 1. *d. L.* 25. *L.* 88. §. 10. *De leg.* 2.° *L.* 28. §. 14. *De lib. leg.* Letzteres kam nämlich in der Gestalt oft vor, dass ein Mann seiner Frau bestimmte Sachen oder eine bestimmte Summe oder die in einem vorhandenen Dotal-Instrument verzeichneten Sachen oder Summe, unter der Angabe, dass er sie von ihr als *dos* empfangen habe, während er sie in der That nicht empfangen hat, (angeblich also zurück-) legirte, §. 15. *l. De legat.* ... *D. Seuerus et Antoninus rescripserunt, si* ... *certa pecunia uel certum corpus aut instrumentum dotis in praelegando demonstrata sunt, ualere legatum; LL.* 3. 5. *C. De fal. ca., d. L.* 75. §. 1. (*ut in legato dotis Iulianus respondit*), *d. L.* 25. (*idque et D. Pius rescripsit certa pecunia dotis acceptae nomine legata*), *L.* 6. *De do. praeleg.;* wogegen im umgekehrten Falle, wo die *dos,* die der Mann nicht empfangen hat, von ihm einfach, ohne Angabe einer Sache, Summe u. dgl., zurück legirt wird, das Legat für ungültig erklärt wird, *d.* §. 15 *si quam non accepit dotem* ... *simpliciter legauerit, inutile esse legatum; d. L.* 5. (*Diocl. et Max.*) *Refert largiter, dotem tibi reddi maritus, an quae instrumento dotali conscripta sunt, legati* ... *uerbis statuit, quippe rel. L.* 1. §. 7. *De do. praeleg.* Verwandte Fälle, wo derselbe Unterschied zur Anwendung kommt, finden sich in §. 8. *ib. si quis fundum Ti-*

tianum his uerbis (uxori) legasset: is enim fundus propter illam ad me peruenit: omnimodo debetur fundus; nam quicquid demonstrandae rei additur satis demonstratae, frustra est (was hier *demonstratio* heisst, ist eigentlich *caussa*). *L.* 10. *De auro leg.* (*Pomp.*) ... *multum* .. *interest, generaliter an specialiter legentur haec* (nämlich *quae uxoris caussa empta parataue essent,* auch *uasa, uestimenta, quae eius caussa parata sunt,* oder aber *uestem illam purpuream, quae eius caussa empta parataue esset*); *nam si generaliter rel.*

b) Schon anders verhält sich die Sache nach *d. L.* 75. §. 2., wenn zu dem ersten vorhin *litt. a.* angeführten Legat (*quod Titius sibi debet*) noch das Wort *decem* hinzugesetzt wird, so dass mir nun *decem quae Titius sibi* (*testatori*) *debet* legirt sind, oder, was derselbe Fall ist, das Legat lautet: *Decem quae mihi Seius debet Titio lego:* hier wird das Legat ungeachtet der *certa summa* inhaltlos, wenn der Testator nichts zu fordern hatte, indem das *legatum nominis* (unter welchen Begriff der Fall gehört) den Erben nicht zur Zahlung des Betrages, sondern nur zur Cession der Klagen verpflichtet, und daher selbst bei richtigem *nomen* zerfällt, wenn etwa der Erblasser zwischen Testament und Tod noch Zahlung empfangen hat. Daher heisst es in *d.* §. 2., *sine dubio nihil erit in legato, nam inter falsam demonstrationem et falsam condicionem siue caussam multum interest.* (dem steht auch nicht entgegen, dass in *L.* 19. §. 1. *De C. et D.* gesagt wird, *nec illud* .. *facere condicionem Quicquid mihi Ephesi oportet dari, hoc do lego*, denn hier schwebt bloss der Gegensatz zwischen eigentlicher *condicio* und *in praesens collata* vor, vgl. *L.* 16. *De iniusto, v. Sav. Syst.* IV, S 125.). Doch kann der erkennbare Wille des Testator auch wohl das Gegentheil wirken, analog dem Falle in *L.* 96. *pr. De leg.* 1°., wo das Vermächtniss einer bestimmten Summe auf verschiedene eigne Kassen angewiesen wird, in welchen sich aber das Geld in Folge inzwischen eingetretener Veränderungen zur Zeit des Todes nicht mehr vorfindet: worüber *Iulian* respondirte: *patremfamilias demonstrare potius heredibus uoluisse, unde aureos* 400. *sine incommodo rei familiaris contrahere possint, quam con-*

dicionem fideicommisso iniecisse, rel., s. *Windscheid* i. l. S. 134.

c) Mehrfache Erörterung veranlasste der Fall, da der Testator den Gegenstand des Vermächtnisses als sein Eigenthum bezeichnet hatte. War es eine *species*, so setzte sich die Unterscheidung fest, ob das Eigenthum als gegenwärtiges oder als zur Zeit des Todes vorhandenes erwähnt sei, z. B. *Stichum qui meus est* oder aber *Stichum qui meus erit cum moriar*, so dass bei nicht vorhandenem Eigenthum das Legat hier zerfiel, dort nicht, *L.* 6. *De leg.* 1º. . . *magis* (hier) *condicionem legato iniecisse, quam demonstrare uoluisse patremfamilias, rel.*, wie man denn auch allgemeiner sagte, *L.* 34. §. 1. *De C. et D.* (*Flor.*): *demonstratio plerumque factam rem ostendit, condicio futuram.* Auch in *L.* 85. *De leg.* 3º. (*Pomp.*) wird jener Unterschied zwischen *qui meus est* und *qui meus erit* als gangbar, wenn auch gegen *Labeo*, welcher beides für blosse *demonstratio* ohne *condicio* nahm, anerkannt, und dabei noch hinzugefügt, ein Mal, es sei *constitutum a Principe D. Pio*, vgl. §. 4. *I. De legat.* *L.* 67. §. 8. *eod.* 2º. *L.* 10. *C. eod.*), dass selbst ohne alle Erwähnung des Eigenthums (*meum*) dasselbe zufolge des erkennbaren Willens des Testator, und zwar als wirkliche Bedingung, zu subintelligiren sei (*magis sententiam legantis, non hoc uerbum, meum, respiciendum esse*); und zweitens, bei dem Legat eines *incertum corpus*, d. h. *genus* (z. B. *uina mea, uestem meam*), sei das Pronomen *meus* jedenfalls (ohne obigen Unterschied zwischen *praesens* und *futurum*) als Bedingung zu verstehen, so dass nur was dem Erblasser zur Zeit seines Todes eigen sei, oder doch von ihm für eigen gehalten werde, als legirt erscheine.

Auf umgekehrte Weise wird Eigenthum demonstrirt in dem Falle der *L.* 18. *pr. De auro* (*Scaeu.*), indem der Erblasser, nachdem er seiner Frau ein Zehntel der Erbschaft und bestimmte Sachen legirt, die Erben auffordert, *ei annulos uestem reddere*, als ob diese der Frau gehört hätten; worüber respondirt wird: *si uxoris non fuerint, . . . legandi animo dedisse ea uideri, nisi contrarium ab herede approbetur.*

Endlich ist noch die *demonstratio* zu erwähnen, welche

für den Honoririen einen Schimpf enthält; diese soll die betreffende Verfügung ungültig machen, *L.* 54. *pr. De leg.* 1.° (*Pomp.*) *Turpia legata, quae denotandi magis legatarii gratia scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur,* *L.* 9. §. 8. *De her. inst.* (*Ulp.*) *Si... (heredem).. signo.. demonstrauerit, non tamen eo, quod contumeliae caussa solet addi, ualet institutio;* ausgenommen jedoch die Einsezżung oder Enterbung von *liberi*, wobei darauf nicht gesehen werden soll, *L.* 3. *pr. De lib. et post.*. (*Ulp.*) ... *si cum conuicio dixerit: non nominandus, uel non filius meus, latro, gladiator: magis est, ut recte exheredatus sit;* *L.* 48. §. 1. *De her. inst.* (*Marcian.*) *Illa institutio ualet: filius meus impiissimus male de me meritus heres esto; pure enim heres instituitur cum maledicto, et omnes huiusmodi institutiones receptae sunt.*

8. *Falsa caussa non nocet* ist eine Regel, die in nächster Verbindung mit der eben besprochenen *Falsa demonstratio non nocet* aufgestellt zu werden pflegt, *Ulp.* XXIV, 19. *d.* §. 31. *I. Longe magis legato falsa caussa non nocet, ueluti ... Titio, quia absente me negotia mea curauit* (oder *quia patrocinio eius capitali crimine liberatus sum*) *Stichum do lego; Ulp.* XXIV, 19. *L.* 17. §. 2. *De C. et D.* (Über Geschäfte unter Lebenden vgl. *L.* 52. *L.* 65. §. 2. *De cond. ind.*). Dabei liegt der zwiefache Gedanke zum Grunde, erstens, dass man dem Testator nicht die Pflicht beimisst, von den Gründen seiner Verfügungen Rechenschaft abzulegen, es daher als unerheblich ansieht, ob er im einzelnen Falle einen wahren oder einen falschen oder gar keinen Grund angegeben habe, und zweitens, dass erfahrungsgemäss die Testatoren gar oft wissentlich unrichtige oder, wenn auch richtige, doch solche Thatsachen, welche für sie gar nicht bestimmend waren, als Grund ihrer Verfügungen angeben, — bald aus einer gewissen Delicatesse, um ihre eigne Generosität gegenüber dem Bedachten in den Schatten zu stellen, indem sie sich das Ansehen geben, bloss eine Pflicht, sei es auch nur der Dankbarkeit, zu erfüllen, bald aus Scheu vor gewissen Angehörigen, welche nicht den Eindruck empfangen sollen, als wäre der Bedachte aus reiner Gunst etwa ihnen vorgezogen worden, bald aus dieser oder jener andern,

mehr oder weniger lobens- oder tadelnswerthen Regung, Instinct und Veranlassung. Dass aber die vorliegende Regel in obigen zwei Gedanken, ja einzig darin, wurzelt, das tritt sogleich zu Tage, wo in einem einzelnen Falle entschieden beide cessiren, d. h. wo es als gewiss erscheint, dass der unrichtige Grund, welchen der Testator anführt, von ihm für richtig gehalten und dass er einzig durch denselben zu der Verfügung bestimmt wurde. Denn nun greifen sogleich Ausnahmen von der Regel Platz, und es wird, wie auch sonst durchgehends (*L.* 4. §. 10. *De dol. exc.*), dem entgegen getreten, welcher die Worte des Testamentes im Widerspruche mit dem Willen des Testator geltend macht, *L.* 72. §. 6. *De C. et D.* (*Pap.*) *Falsam caussam legato non obesse uerius est, quia ratio legandi legato non cohaeret; sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse; L.* 92. *De her. inst.* (*Paul.*), wo *Pactumeius Androsthenes* die Tochter des *Pactumeius Magnus* als einzige Erbinn (unter anderweitiger Substitution) eingesetzt, auf die falsche Nachricht von deren Tode aber das Testament geändert und dabei sich so ausgedrückt hatte: *Quoniam heredes, quos uolui habere, mihi continere non potui, Nouius Rufus heres esto;* in welchem Falle der Kaiser (*licet modus institutione contineretur, qui falsus non solet obesse, tamen ex uoluntate testantis rel.*) entschied: *hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta.* Vgl. *L.* 28. *De inoff.* (*Id.*) *Cum mater militem filium falso audisset decessisse, et testamento heredes alios instituisset: D. Hadrianus decreuit hereditatem ad filium pertinere, ita ut libertates et legata praestentur*; wo (verschieden von dem Falle in *d. L.* 92.) noch der Gesichtspunkt des *inofficiosum* zu Hülfe gerufen werden mochte (wie bei *Cic. de Or. I*, 38. 57. derjenige der Präterition); wie denn auch beigefügt wird: *hic illud adnotatum, quod de libertatibus et legatis adiicitur; nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento ualet.* Der letztere Fall unterscheidet sich auch darin von dem erstern, dass hier nicht wie dort erwähnt wird, es habe die *falsa caussa* ausdrücklich im Testament gestanden: und das scheint in

der That auch nicht nöthig gewesen zu sein, sobald nur sonst sicher zu erkennen war, dass die Verfügung einzig aus diesem falschen Grunde geschehen war. Wenigstens wird in *L.4. C. De her. inst.* (*Gordian.*) ein Rescript von *Seuerus* und *Antoninus* angeführt, durch welches einem *heres scriptus* die Erbschaft entzogen sei, weil der Testator ihn fälschlich für seinen Sohn gehalten habe, ohne dass diese *caussa* anders als in der Form einer *demonstratio* (*eum quasi filium suum heredem instituit*) ausgedrückt war (vgl. *L.*46. *pr. De I. F.*, *Hermog. Aufertur ei quasi indigno successio, qui, cum heres institutus esset ut filius, post mortem eius, qui pater dicebatur, suppositus declaratus est*, dazu *L.* 1. §.11. *De Carb.*), vgl. u. §. 347. *C, e;* und ganz ähnlich scheint es sich in dem Falle der *L.* 7. *C. eod.*, wo der Testator jemanden als Adoptivsohn einsetzte, der es wegen Ungültigkeit der Adoption nicht war, verhalten zu haben. Ähnlich auch in *L.* 14. §. 2. *De lib. et post.* (*Afric.*) *Si quis ita scripserit, Ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto: hanc exheredationem ita nullius momenti esse ait, si probetur ex eo natus* ... (*et*) *patrem circa caussam exheredationis errasse;* vgl. *L.* 15. *eod.* Besonders endlich *L.* 25. *pr. eod.* (*Paul.* ... *caeteri omnes filii filiaeque exheredes sunto;* ... *an uideatur exheredatus quem pater putauit decessisse?* ... *de errore patris apud iudicem agi oportere.* Ueberhaupt stehen sich *caussa* und *demonstratio* so nahe, dass selbst diese Wörter verwechselt werden, *d. L.* 1. §. 8. *De do. prael.*, wie das auch mit den Ausdrücken *caussa* und *modus* geschah, *d. L.* 92. *De her. inst.*; und hinwieder findet sich die massgebende *caussa* mit der *condicio* zusammen der unmassgeblichen *demonstratio* gegenüber gestellt in *d. L.* 75. §. 2. *De leg.* 1º (o. S. 385.)

Über V. vgl. *v. Savigny* Syst. III, §. 139. u. S. 377. ff. *Goeschen* Pand. §§. 794. f. 801. 803. *v. Vangerow* Pand. §. 431. *Windscheid* Voraussetzung, Düsseldorf 1850. 8. S. 130.—41. u. a.

§. 347. Indignität und Ereptoria.

ff. De his quae ut indignis auferuntur, XXXIV, 9. *C. De his quibus ut indignis hereditates auferuntur, et ad SC. Silanianum*, VI, 35. *Ulp.* XIX, 17. *Paul.* III, 5, 10. 13.

Wer eine Erbschaft, *ab intestato* oder *ex testamento*, oder ein Vermächtniss bereits erworben hat, dem kann dieser Erwerb aus besonderm Grunde, als einem *indignus*, noch wieder entrissen werden (*eripi, auferri, ereptorium*), in der Regel von dem Fiscus, ausnahmsweise von andern Personen.

I. Die hieher gehörigen Fälle lassen sich nach ihren Gründen so übersehen:

A. Vergehungen des Erwerbers gegen die Person des Erblassers.

a) wenn der eingesetzte Erbe den Testator umgebracht hat, *L.* 7. §. 4. *De bo. dam. L.* 10. *C. h. t.*, worunter auch die absichtliche Herbeiführung des Todes durch Vernachlässigung desselben begriffen wird, *L.* 3. *h. t.* Man pflegt diesen Grund auch auf den Intestat-Erblasser, auf den Vermächtnissnehmer und auf culpose Tödtung auszudehnen, *Rudorff, Puchta, v. Vangerow i. t.;* welches letztere in der einzig anzuführenden *L.* 3. *l.* (..*qui manifestissime comprobatus est id egisse, ut per negligentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moreretur*) gar keine Veranlassung findet. Wohl aber verliert der Ehemann, welcher seine Frau umgebracht hat, die *dos* an die Erben der Frau, und letztere im umgekehrten Falle die *actio de dote* zu Gunsten der Erben des Mannes, *L.* 10. §. 1. *Sol. ma.* Die Ausdehnung auf den Intestat-Erblasser findet ihre volle Rechtfertigung in *L.* 9. *De I. F.* (*Mod.*), wo sogar die Erbschaft, welche *ab intestato* von dem Vater auf seinen *postumus*, und dann erst von diesem auf dessen Mutter, die Frau des ersten Erblassers, gekommen ist, dieser wegen Vergiftung ihres Mannes als *scelere acquisita* fiscalisch entrissen werden soll; welcher letztere allgemeine Gesichtspunkt (vgl. auch *L.* 12. *De L. Cor. de fal.*) denn auch gegen den Vermächtnissnehmer unbedenklich Platz greifen würde.

b) Wenn im Falle einer gewaltsamen Ermordung des Erblassers ein Erbe, zuwider dem *SC. Silanianum* und den daran sich anschliessenden Verordnungen, o. §. 310. S. 291. f., vor der ihm obliegenden Untersuchung und eventuellen Bestrafung der Schuldigen entweder laut Testament, nach geschehener, ebenfalls verbotener, Eröffnung desselben, oder *ab intestato* die Erbschaft angetreten oder *bonorum possessio* erlangt* oder sich als *necessarius* immiscirt hat, *L.* 5. §. 2. vgl. *pr.* §. 1. *ib.* *L.* 3. §. 29. *L.* 15. §. 2. *De SC. Sil.* *L.* 50. §. 2. *De leg.* 1º. *L.* 3. *L.* 6. *C. h. t.* *Paul.* III, 5, 1. 10. *Hereditas a fisco ut indignis aufertur his primum, qui, cum interfectus esset testator, apertis tabulis testamenti, uel ab intestato, adierunt hereditatem bonorumue possessionem acceperunt, rel.* Über diesen eigentlichen Fall des *SC. Silanianum* (gewaltsame Ermordung, *L.* 1. §. 18. f. *De SC. Sil.*, o. S. 291.) hinaus nahm man aber in viel weiterm Umfange eine Pflicht jedes Erben an, den Tod des Erblassers, sobald ein gewisses oder muthmassliches Verbrechen denselben herbeigeführt hatte, mit allen ordentlichen Mitteln der Aufklärung zu verfolgen und den Urheber desselben zur verdienten Strafe zu bringen (*mortem ulcisci, defendere, uindicta defuncti*), und auch wer dieser weitern Pflicht nicht genügte, schien seines Erbtheiles unwürdig, *L.* 21. *L.* 17. *h t.* *L.* 50. §. 2. *De leg.* 1º *L.* 29. §. 2. *De I. F.* *L.* 47. §. 5. *De adm. tut.* *L.* 8. §. 1. *LL.* 9. 21. §. 1. *LL.* 22. 26. *De SC. Sil.* *Paul.* III, 5, 2. . . . *honestati* . . *heredis conuenit, qualemcunque mortem testatoris inultam non praetermittere;* vgl. *L.* 2. *C. De calum.*; — doch war so weit die vorherige Antretung der Erbschaft zulässig, *L.* 1. §. 21. . *L.* 5. §. 3. *L.* 21. *pr. De SC. Sil.* *L.* 9. *C. h. t.* Die Ereption erstreckte sich auch auf ein etwaiges Prälegat, *L.* 15. §. 1. *De SC. Sil.*, wie auch unter Umständen ein Patronat verloren gehen konnte, *L.* 23. *pr. De iur. patro.*, und hinsichtlich der Früchte der Erbschaft wurde unterschieden, ob der Erbe wissentlich oder aus thatsächlicher Unwissenheit seine Pflicht versäumt habe, so dass er im erstern Falle alle Früchte, im letztern von den *ante motam controuersiam* bezogenen nur so viel, als er durch deren Bezug sich bereichert findet (*bonae fidei possessoris defensionem habiturum*, vgl. *L.* 20. §. 6. *De H. P.* v.ª *eos autem qui iustas caussas, rel.*) restituiren, hier auch,

nicht aber dort, die *confusae actiones* restituirt erhalten sollte, *L.* 17. *ff. L.* 1. *C. h. t. L.* 21. §. 1. *De SC. Sil.* Frei von Indignität ist der Erbe dann, wenn er das seinige gethan hat, um den Tod des Erblassers zu rächen, und die Mörder ohne seine Schuld nicht aufgefunden werden konnten, *L.* 7. *C. h. t.*, oder ungerechter Weise absolvirt worden waren, *L.* 21. §. 2. *De SC. Sil. Minores* 25. *annis* aber werden mit Strafe und Confiscation *propter inultam necem* überall verschont, *L.* 6. vgl. *L.* 3. a. E. *C. h. t.* Nicht so der Patron, etwa desswegen, weil sein Erbrecht bei dem *libertus* in vorzüglichem Sinne ein Notherbrecht ist (o. §. 306. vgl. §. 254. S. 228.), *L.* 21. *h. t. L.* 15. §. 2. *De SC. Sil.*, *L.* 3. §. 4. *De suis.* Hingegen verliert der Ehemann aus diesem Grunde die *dos* seiner ermordeten Frau, so weit sie ihm zufällt, gleichwie der Erbe sein Erbtheil, *L.* 20. *h. t. L.* 27. *De I. F.* — Die Ereption tritt übrigens in allen Fällen, sobald die Pflichtverletzung des wirklichen Erben vorliegt, absolut ein, und der nächstfolgende Erbengrad kann nicht etwa dadurch, dass er die Pflicht der *defensio mortis* auf sich nimmt und ihr seinerseits Genüge leistet, die Translation der Erbschaft auf sich erlangen, *L.* 15. *pr. De SC. Sil.* (*Marcian. Pap. . . poena illius huius praemium esse non debet.*) Vgl. *L.* 10. *C. h. t.*

c) Wenn ein Legatar oder Fideicommissar (wohl auch ein Erbe) gegen den Erblasser eine *status controuersia* erhoben, *L.* 9. §. 2. *h. t.* oder ihn nach seinem Tode wegen verbotenen Handels denuncirt, *L.* 1. *h. t.* (*Marcian. . . quum patronum suum post mortem eius quasi illicitae mercis negotiatorem detulerat,* — ein Rescript von *D. Seuerus et Antoninus*), oder wenn jemand die erwartete Erbschaft eines noch Lebenden ohne dessen Erlaubniss verschenkt hat, *L.* 2. §. 3. *h. t. L.* 29. §. 2. *L.* 30. *De donat.* — Nicht hieher (*Rudorff* Pand. §. 92.), sondern zur Delation *ab intestato* und *contra tabulas*, gehört hingegen der Fall der peinlichen Anklage eines Patrons gegen seinen *Libertus* in *L* 9. §. 1. *L.* 10. f. *De iure patro.*

B. Handlungen gegen den letzten Willen.

a) Wenn jemand, um aus einem vorhandenen Testamente oder *ab intestato* zu erben, den künftigen Erblasser dadurch

von der Errichtung, bez. Abänderung des Testamentes abhält, dass er dem *Testamentarius* den Eintritt bei demselben verwehrt, so sollen ihm nach einer Verordnung *Hadrian*'s, nachdem er wirklich Erbe geworden ist, die *actiones* versagt werden und statt seiner der Fiscus eintreten, *L.* 1. *pr. Si quis aliq. test. prohib. v. coeg.* (XXIX, 6.). Arglistige Abhaltung der Zeugen von dem Testamentsact hatte dieselbe Folge, *L.* 2. *pr. eod.*, und bald überhaupt jede arglistige oder gewaltsame Hinderung des Testirens, *L.* 1. §. 2. *eod. L.* 2. *C. eod.* (VI, 34.). *L.* 19. *h. t. L.* 88. §. 4. *De leg.* 2º *Paul* V, 12, 2., so wie auch umgekehrt der Zwang (oder Betrug), durch welchen der Erblasser zu einer Erbeinsetzung u. dgl. bestimmt wurde, *L.* 1. *C.* u. *Rubr. ff. Si quis aliq.* Selbst auf den Fall wurde die Regel ausgedehnt, wo der Vater oder Herr zu Gunsten seines von einem Dritten mit Erbeinsetzung oder Vermächtniss bedachten Kindes oder Sclaven diesen Erblasser auf gedachte Weise an der Abänderung des letzten Willens gehindert hatte, und wo derselbe erst nach Aufhebung jener *potestas* verstorben, also die Erbschaft oder das Vermächtniss nicht dem Hindernden selbst zugefallen war, *L.* 1. §. 1. vgl. *L.* 2. §. 1. *Si quis aliq. L.* 1. *Qui. n. comp. b. po.* Soll dagegen das so erworbene Vermächtniss laut Fideicommiss einem Dritten restituirt werden, so dass bei dem Fehlbaren oder seinem Kinde u. dgl. kein Vortheil zurück gelassen wird, so bleibt das Vermächtniss bei Kräften, *d. L.* 1. §. 1., wie auch bei einer Erbeinsetzung unter derselben Voraussetzung der Erbtheil nur mit seiner Belastung, also auch mit der Last des Fideicommisses als *caducum* an den Fiscus gelangt welchem sonach bloss der Vortheil der *Quarta Falcidia* übrig bleibt, *L.* 2. §. 2. *Si quis aliq.* Wenn übrigens etwa ein Ehegatte den andern, ohne Anwendung von *vis* oder *dolus*, durch gütliches Zureden (*maritali sermone*) zu einer günstigen Verfügung bestimmt oder dessen Zorn, in welchem er den letzten Willen ungünstig ändern wollte, abgewendet hat, so soll ihm das nicht als ein Indignitätsgrund zur Gefährde gereichen, *L.* 3. *ff. et C. eod.*

b) Wer den letzten Willen als falsch angreift (*falsum accusat*), und bei dieser Anklage bis zum Endurtheile verharrt, der verliert, wenn dieses gegen ihn ausgefallen ist,

das ihm darin Zugewandte an den Fiscus, *L.* 5. §§. 1. 6. 16. *ff.* *L.* 8. *C. h. t.* *L.* 30. §. 1. *De inoff.* *L.* 13. §. 9. *L.* 29. §. 1. *De I. F.* *L.* 24. *ff.* *L.* 6. *C. De L. Cor. de fal.* Dem Ankläger wird sein Gehülfe (*qui ei adfuit*) und Bürge gleichgestellt, *L.* 5. §. 11. *h. t.*, auch der Richter, welcher die Falschheit anerkannte, wenn die Appellation gegen seinen Spruch Erfolg hatte, § 12. *ib.*, auch der Zeuge, welcher die angebliche Falschheit bestätigte, §. 10. *ib.*, so dass in letzterer Eigenschaft auch ein Sclave die ihm zugedachte Freiheit verwirken konnte, §. 15. *ib.* Nicht aber der *aduocatus fisci, qui intentionem delatoris exsequitur*, §. 13. *ib.*, noch der Vormund (*tutor* oder *curator*), welcher Namens des Mündels (nicht etwa in eignem Namen, §. 16. *ib.*) die Anklage führt, *L.* 22. *h. t.* *L.* 30. §. 1. *De inoff.*, welche vielmehr beide durch ihre Amtspflicht gedeckt werden, während der so vertretene Mündel selbst eigentlich unter die Regel fällt, und nur durch die Gnade des Kaisers verschont zu werden pflegt, *Paul.* V, 12, 4. *L.* 5. §. 9. *L.* 22. *ff.* *L.* 2. *C. h. t.* Was dem Kinde oder Sclaven des Anklägers zugewendet ist, das verfällt, wenn es diesem erworben würde, *Paul.* V, 12, 8. *L.* 5. §. 3. *h. t.*, was dem anklagenden *filiusfamilias* selbst, nur dann, wenn ausserdem der Vater seinen Willen zu der Anklage hergegeben hat, §. 5. *ib.* Das dem Ankläger gegebene Vermächtniss bleibt bei Kräften, wenn und so weit er es einem Andern *ex fideicommisso* zu restituiren hat, *L.* 27. *De excus.* vgl. *L.* 8. §. 14. *De inoff.* Wenn der *accusator falsi* nicht unmittelbar von dem Testator etwas erhalten, sondern nur dessen Erben oder Legatar beerben will, so steht ihm nichts entgegen, *L.* 5. §. 7. *L.* 7. *h. t.* Die *mortis caussa donatio*, als welche durch die Echtheit der fraglichen letztwilligen Urkunde nicht bedingt ist, fällt nicht unter die obige Regel, *L.* 5. §. 17. *eod.*, wohl aber die in derselben angeordnete *mortis caussa capio*, §. 18. *ib.* — Wer den letzten Willen nicht im Ganzen als falsch angreift, sondern nur eine einzelne Erbeinsetzung u. dgl., der gilt bloss relativ als *indignus* für das, was dem Angegriffenen zu seinen Gunsten aufgelegt ist, *L.* 4. *h. t.*; ebenso wer nur das Pupillar-Testament oder ein Codicill angreift, nur für den Inhalt der angegriffenen Urkunde, wogegen der Angriff auf das Testament selbst auch diese Anhänge, ohne Unterschied zwischen

codicilli confirmati und *non confirmati*, mit unter die Regel zieht, *L.* 5. §. 14. *L.* 15. *h. t.* Doch kann, wie *d. L.* 15. deutlich zeigt, der Erbe, welcher bloss ein Codicill angefochten hat, auch an seinem Erbrecht, wiewohl sich dasselbe auf das Testament gründet, wenigstens hinsichtlich der *Quarta Falcidia*, Schaden leiden; z. B. wenn *A, B, C, D* zu Erben eingesetzt sind zu gleichen Theilen einer Erbschaft, welche aus den Grundstücken a, b, c, d im Werthe von 1000, 2000, 3000, 4000. besteht, sodann in einem Codicill, welches *A* vergeblich als falsch angefochten, sich eine Theilung angeordnet findet, derzufolge jeder Erbe einfach das gleichnamige Grundstück bekommen soll; so wird *A* einerseits seine Viertheile an den Grundstücken b, c, d an seine Miterben abgeben müssen und anderseits sein Viertheil an dem Grundstücke a, welches Viertheil ihm *hereditario iure* gehört, behalten; aber er wird die drei andern Viertheile desselben von den Miterben *ex codicillis* nicht erhalten und demnach mit 250. ausgehen, während seine *Quarta Falcidia* 625. betrüge; worauf er aber keinen Anspruch hat, weil bei Erfüllung des Codicills zu seinen Gunsten ihm 1000. geblieben, und die *Falcidia* compensationsweise ausgeschlossen gewesen wäre, die Miterben aber durch seinen Fehltritt nichts verlieren dürfen, also ihm die an den Fiscus fallenden 750. auch nicht bis auf den Betrag der *Falcidia* zu ersetzen haben.

c) Gleiche Wirkung wie die *accusatio falsi* hat im Ganzen die *querela inofficiosi*, womit das Testament ohne Erfolg angegriffen worden ist. *L.* 5. §. 8. f. *h. t.* *L.* 8. §. 14. f. *L.* 22. *L.* 30. §. 1. *De inoff.* *L.* 13. §. 9 *De I. F.* Im Einzelnen tritt dabei noch hervor, dass die Indignität cessirt, nicht allein durch erklärtes Aufgeben der Querel vor dem Endurtheile, sondern auch wenn man dieses bloss *in contumaciam* gegen sich hat ergehen lassen (*si absente eo secundum praesentem pronuncietur*), *d. L.* 8. §. 14.; oder wenn man die Querel nicht selbst angehoben, sondern nur *iure successionis*, als Erbe, *adrogator* u. dgl. eingetreten und sie so zu Ende geführt hat, *d. L.* 22. §. 2. f.; oder wenn der *filiusfamilias*, dessen Vater ein Legat empfangen, die Querel erfolglos durchgeführt hat, *d. L.* 22. §. 1., wie denn auch die Annahme eines Legates durch

den Vater weder den *filius* selbst noch den Vater aus dessen Rechte (letzteres so wenig wie einen Vormund, *d. L.* 30. §. 1.) von der Anstrengung der Querel ausschliesst (*nam indignatio filii est*), *d. L.* 22. *pr.* §. 1., während sonst die Annahme eines Vermächtnisses zwar nicht die *accusatio falsi*, wohl aber die *querela inofficiosi* überall ausschliesst, *L.* 5. *pr. h. t.* Hierin steht der erstern gleich die Anfechtung des Testamentes als *non iure factum* (o. §. 340.), wiewohl unter Umständen in der Annahme des Vermächtnisses eine Anerkennung des Testamentes liegen, und auf diese gegenüber der *hereditatis petitio* des Anfechtenden eine *exceptio* gegründet werden kann; aber darin ist die Anfechtung des Testamentes als *non iure factum* (*iniustum*) von jenen beiden verschieden, dass sie keine Indignität begründet, *L.* 5. §. 1. *L.* 24. *h. t.* (*quoniam de iure disputauit, non iudicium impugnauit aut accusauit*), — so wenig wie die ohne Erfolg erhobene Klage gegen den *heres scriptus*, dass er *dolo malo* die Abänderung des Testamentes verhindert habe (o. *litt. a.*, S. 393.), *L.* 88. §. 4. *De leg.* 2º., oder gar hinsichtlich eines Praelegates das blosse *abstinere* des *suus heres* von der Erbschaft, *L.* 87. *De leg.* 1º (*Pap... non enim impugnatur iudicium ab eo, qui iustis rationibus noluit negotiis hereditatis implicari*).

d) Wer die Mutter des *pupillus a patre heres scriptus*, mit Beziehung auf denselben, um den Vater *ab intestato* zu beerben, der Kindesunterschiebung (*suppositi partus*) ohne Erfolg angeklagt hat, der verliert sein Erbtheil als *substitutus pupillaris*, wie es ihm auch, wenn er obgesiegt hätte, nicht zugefallen wäre, weil dann dem bloss vermeintlichen Vater keine Befugniss zur Pupillar-Substitution zugestanden hätte, *L.* 16. *pr. h. t.*

e) Der *emancipatus*, welcher in dem Testamente seines Vaters dem Kinde desselben *pupillariter* substituirt war, den Vater selbst aber (neben dem Pupill) als *praeteritus* mittelst *bonorum possessio contra tabulas* beerbt hat, verliert die Erbschaft des Pupills, welche er bei dessen späterm Tode *e pupillaribus tabulis* angetreten, an den Fiscus, *L.* 2. *pr. h. t.* (*Marcian.*) *Aufertur hereditas ex asse et ad fiscum pertinet, si emancipatus filius contra tabulas bonorum possessionem patris ut praeteritus petierit, et ex substitutione*

impuberis adierit hereditatem. Dasselbe (nur ohne Erwähnung des Fiscus) sagt *L.* 16. §. 5. *De bo. lib.* (*Ulp.*) von dem *patronus*, welcher dem *libertus contra tabulas* succedirt und nachher die Erbschaft von dessen Pupill *e pupillari substitutione* angetreten hat (*Iulianus: denegari ei debere actiones*). Leitend war dabei einerseits der noch weiter greifende Gedanke, dass wer gegen den letzten Willen succedirt, dann nicht wieder die ihm günstigen Verfügungen desselben sich zu nutze machen darf (*ab omni liberti iudicio repellitur*, *d.* §. 5.); und anderseits die Rücksicht darauf, dass die Erbschaft des Pupills doch dem Substitut *ipso iure* richtig deferirt und acquirirt ist, also eine Intestat-Succession andern Personen nicht deferirt werden kann, vielmehr die Vermächtnisse u. dgl. des Pupillartestamentes bei Kräften bleiben müssen, *L.* 34. §. 2. *De vulg.* Freilich fällt dieser letztere Punkt weit stärker in's Gewicht wo der Pupillar-Substitut *ex asse* als wo er bloss *ex parte* eingesetzt ist, weil für diese *pars* doch ein prätorisches *accrescere* zu Gunsten der Miterben anstatt der fiscalischen Ereption möglich wäre; und es verdient daher volle Beachtung, dass einerseits nicht bloss in *d. L.* 16. §. 5 (bei der Substitution des *patronus*), sondern auch in zwei andern Stellen, welche, gleich *d. L.* 2. *pr.*, von der Pupillar-Substitution des *emancipatus* u. dgl. reden, nämlich in *L.* 5. §. 4. *De leg. prae.* (*Ulp. . . . quod Iulianus scripsit, si fratri suo impuberi substitutus sit, acceperitque contra tabulas bonorum possessionem, denegari ei persecutionem hereditatis fratris impuberis, rel.*) und *L.* 22. *De vulg.* (*Gai. Is qui contra tabulas testamenti patris bonorum possessionem petierit, si fratri impuberi substitutus sit, repellitur a substitutione.*) wohl die Erfolglosigkeit des erworbenen Erbrechtes *e secundis tabulis*, nicht aber die Ereption durch den Fiscus statuirt wird; und dass hinwieder anderseits in *d. L.* 2. *pr.*, wo letzteres ausdrücklich geschieht, zugleich auch eine Beerbung des Pupills *ex asse* ausdrücklich vorausgesetzt wird, während in den andern drei Stellen die Grösse des Substitutions-Erbtheils unerwähnt bleibt. Nimmt man dann hinzu, dass nicht recht abzusehen ist, warum in *d. L.* 2. *pr.* mit solchem Nachdruck ausgesprochen sein sollte, der Erbtheil des *emancipatus* aus

der Substitution falle **ganz** (*ex asse*), also nicht bloss **theilweise**, an den Fiscus (wie denn die Basiliken das *ex asse* gar nicht wiedergeben), und dass daher *ex asse* eher mit *hereditas* als mit *aufertur* zu verbinden sein möchte (die ***hereditas ex asse*** **wird entzogen und fällt an den Fiscus**): so würde sich dann aus allem die (von der gewöhnlichen Meinung allerdings sehr abweichende) Regel ergeben, dass in dem vorliegenden Falle die Ereption gewöhnlich zu Gunsten der Mitsubstituirten, und nur ausnahmsweise in Ermangelung von solchen (wo der *indignus ex asse* substituirt ist) zu Gunsten des Fiscus stattfinde.

Neben dem bisher besprochenen Specialsatze, betreffend den *emancipatus* und *patronus*, welcher *bonorum possessio contra tabulas patris* bez. *liberti* erlangt und doch *e secundis tabulis* die Erbschaft des Kindes angetreten hat, findet sich nun aber noch die allgemeinere Regel, dass überhaupt Jeder, welcher *bonorum possessio contra tabulas* erlangte, weder aus dem Testament ein Legat u. dgl. erhalten, noch auch nur eine ihm vom Erblasser zu Theil gewordene *mortis caussa donatio* behalten könne, *L.* 18 §. 1. *De b. p. co. ta.* (*Hermog.*) *Ei, qui contra tabulas bonorum possessionem accepit, tam legati quam fideicommissi exactio, sed et mortis caussa donationis retentio denegatur: nec interest, per semetipsos an per alium quaeratur*, vgl. *L.* 16. §. 6. *De bo. lib.*, wie denn auch umgekehrt die Annahme eines Legates u. dgl., ähnlich wie bei der *querela inofficiosi*, die *bonorum possessio contra tabulas* selbst ausschliesst, *L.* 3. §. 16. *De b. p. co. ta.* *L.* 5. §. 2. *De leg. prae.* (*Ulp. . . constituere . . apud se debet, utrum contra tabulas bonorum possessionem petat, an uero legatum persequatur: si elegerit contra tabulas, non habebit legatum; si legatum elegerit, eo iure utimur, ne petat bonorum possessionem contra tabulas.*). Von einer Ereption durch den Fiscus ist aber hier nirgends die Rede, dieselbe wäre auch sehr ungerecht, weil dann die mit solchen Vermächtnissen Belasteten doppelt verlören, ein Mal das, womit sie belastet sind, an den Fiscus, und dann noch das, was der Bedachte zuwider dem Testament bekommt. Ganz gewiss verbleibt ihnen selbst hier das, was dem *bonorum possessor contra tabulas* durch den letzten Willen

u. dgl. zugedacht war, indem einzig der oben erwähnte erste Gedanke hier bestimmend war. Freilich geht die herrschende Theorie (s. *Mayer, Rudorff, Puchta, v. Vangerow, Arndts* *l. l.*) dahin, dass die fragliche Indignität nur denjenigen treffe, welcher erfolglos die *bonorum possessio* begehrt oder agnoscirt habe: allein die angeführten Stellen mit ihren Entscheidungen und dem dabei theils ausgesprochenen theils sonst erkennbaren leitenden Gedanken stehen dieser Annahme geradezu entgegen; — nicht zu gedenken, dass bei jener Theorie ganz im Unklaren geblieben zu sein scheint, ob eigentlich jene erfolglos agnoscirte *bonorum possessio contra tabulas*, um die fragliche Indignität zu bewirken, bloss *de plano* begehrt und abgeschlagen, oder *caussa cognita* durch Decret abgeschlagen, oder endlich erst ertheilt, dann aber durch Urtheil und Recht erfolglos (*sine re*) gemacht worden sein müsse, — ein Unterschied, der doch, wenn von irgend einer Analogie der *querela inofficiosi*, bei der die vollständige Durchführung bis zum Endurtheil bedingend war (o. *litt. c.*), die Rede sein sollte, unmöglich als gleichgültig erscheinen könnte. Weit richtiger scheint nach allem gesagten *Westenberg h. t.* §. 4, c. die eigentliche Indignität wegen erlangter *bonorum possessio contra tabulas* auf den Fall der *d. L. 2. pr.* beschränkt zu haben; und es tritt dazu lediglich noch der Satz hinzu, dass alle übrigen Vortheile (neben Pupillar-Substitution *ex asse*), welche dem *bonorum possessor* durch den letzten Willen oder durch *mortis caussa donatio* zugewandt waren, bereits erworbene oder erst deferirte, für ihn auf den gewöhnlichen Wegen der Jurisdiction, aber ohne Betheiligung des Fiscus, erfolglos gemacht werden. Die erfolglos begehrte *bonorum possessio contra tabulas* hat gar keine solche Wirkung.

f) Wenn ein Kind das Testament seines Vaters unterdrückt und wie *ab intestato* succedirt, so wird ihm oder seinen Erben die ganze väterliche Erbschaft von dem Fiscus entrissen, *L. 26. De L. Cor. de fal.* Unzweifelhaft wird dabei vorausgesetzt, dass die aus dem Testament berechtigten Erben u. dgl. wegen mangelnder Kenntniss von dessen Inhalt ihre Rechte nicht geltend machen konnten, und unter dieser Voraussetzung würde wohl dieselbe Rechtsfolge auch gegen

jeden andern Intestaterben, der sich mittelst gleicher Unterdrückung des Testamentes die Erbschaft zugeeignet hätte, eintreten. In gleichem Sinne verordnete ein Rescript von *D. Marcus, L.* 4. *eod.*, dass in dem Falle, da ein Sohn, von seinem Vater zum Erben eingesetzt, das Codicill zerstört hatte und dann gestorben war, dem Fiscus so viel von der väterlichen Erbschaft zufalle, als davon durch das Codicill höchstens hätte erschöpft werden können, d. h. drei Viertheile. Als verstorben wird übrigens der Fehlbare in beiden Stellen desswegen vorausgesetzt, weil sonst die Sache im Wege des Criminal-Processes (*crimen falsi, L.* 2. *eod.*) ihre Erledigung gefunden haben würde; vgl. *L.* 12. *eod. L.* 22. *De SC. Sil. Paul.* IV, 7, 1. ff.

Hier reiht sich auch noch die Verordnung *Iustinian*'s in *L.* 25. *C. De legatis* an, derzufolge der Legatar oder Fideicommissar, welcher das Testament verborgen hatte, von dem Vermächtniss wie einem *non scriptum* zu Gunsten des Erben ausgeschlossen werden soll, wenn das Testament später zu Tage gekommen ist.

g) Was der Erbe von der Erbschaft auf die Seite bringt (*amouet, subtrahit*), daran verliert er zu Gunsten des Fiscus die *Quarta Falcidia, L.* 6. *h. t.* vgl. *L.* 24. *pr. L.* 68. §. 1. *Ad L. Falc.*; in welcher letztern Stelle aber der Fall ausgeschlossen wird, da es bloss streitig war, ob die fragliche Sache dem Erben oder zur Erbschaft gehöre. Und wer Sachen aus einer Erbschaft entwendet, von welcher ihm eine Quote (durch *legatum partitionis* u. dgl.) vermacht ist, oder einzelne Sachen, die ihm gemeinsam mit Andern vermacht sind, dem werden die *actiones* auf seinen Antheil an den entwendeten Sachen (zu Gunsten des Belasteten u. dgl., wie *pro non scripto*) verweigert, *L.* 48. *Ad SC. Treb. L.* 5. *C. De legat.*

C. Formloser oder muthmasslicher Widerwille des Erblassers.

a) Eine Erbeinsetzung kann bekanntlich durch *codicilli* oder *epistola* nicht adimirt noch transferirt werden, *L.* 13. §. 1. *De lib. et po. L.* 1. §. 4. *De his q. i. te. del. L.* 27. §. 1. *De cond. inst. L.* 17. §. 2. *De te. mil.*; wenn aber der Erblasser

diess gethan und dabei ausgesprochen hat, der betreffende Erbe verdiene die Einsetzung nicht, so wird dessen Erbtheil dem Fiscus vindicirt, *L.* 4. *C. h. t.*

b) Wenn der Testator den Namen eines eingesetzten Erben wieder durchgestrichen hat, so fällt dessen Erbtheil, unter Aufrechthaltung der ihm aufgelegten Vermächtnisse und *libertates;* an den Fiscus, *L.* 12. *L.* 16. §. 2. *h. t.* (*Pap.*); doch walteten dabei mancherlei Zweifel, namentlich hinsichtlich der dem durchgestrichenen Erben selbst gegebenen, nicht gestrichenen, Vermächtnisse, und ob nicht Intestat-Succession dann eintreten müsse, wenn der Erblasser alle Namen der eingesetzten Erben gestrichen, wohl gar dabei Einschnitte in das Testament gemacht hatte, *L.* 3. *De his q. i. te. del.* (*Marcell.*); wie denn *Ulpian* in *L.* 1. §. 8. *Si tab. te. nul.* geradezu sagt: *Si heres institutus non habeat uoluntatem, uel quia incisae sunt tabulae uel quia alia ratione uoluntatem testator mutauit uoluitque intestato decedere: dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui b. p. acceperunt;* und in *L.* 2. §. 7. *De b. p. sec. tab.*: *Si consulto sit inductum nomen heredis, indubitanter probatur, b. p. petere eum non posse; quemadmodum non potest qui heres scriptus est non consulto testatore: nam pro non scripto est quem scribi noluit:* — so dass seit der Zeit von *Marcellus* und *Papinian* bis auf die von *Ulpian* die Interpretation betreffend die in solchen Fällen eintretende fiscalische Ereption sich doch eher mehr einschränkend gestaltet zu haben scheint.

c) Wenn die Erben in einem Testament unfähig sind eingesetzt zu werden, so ist diess Testament ungültig und ein vorhandenes früheres wird dadurch nicht rumpirt. Dennoch wird den in diesem eingesetzten Erben, weil sie den letzten Willen nicht für sich haben, zu Gunsten des Fiscus die Erbschaft entzogen, *L.* 12. *h. t.* (*Pap.*) .. *ut indignis, qui non habuerunt supremam uoluntatem, abstulit iam pridem Senatus hereditatem.*

d) Wenn nach Abfassung des letzten Willens zwischen dem Erblasser und einem Legatar oder Fideicommissar Todfeindschaft (*inimicitiae capitales*) eingetreten ist, so dass muthmasslich das Vermächtniss aufhörte im Willen des er-

stern zu liegen, so kann es auch nicht verlangt werden, *L.* 9. *pr. h. t. L.* 3. §. 11. *De adim. leg.*, und unter demselben Gesichtspunkte steht der Fall, da der Legatar u. dgl. ruchlose Worte gegen den Testator gebraucht hat, *L.* 9. §. 1. *h. t.* . . . *si palam et aperte testatori maledixerit et infaustas uoces aduersus eum iactauerit.* In beiden Fällen tritt aber keineswegs Ereption des Fiscus ein, sondern es findet lediglich *Exceptio doli* gegen die Klage auf das Vermächtniss statt, wie in andern Fällen muthmasslicher Willensänderung, z. B. *L.* 15. *De adim.* (*cum seruus legatus a testatore alienatus et rursus redemptus sit, rel.*), vgl. *L.* 4. §. 10. *De dol. exc. L.* 36. §. 3. *De te. mil.*. Und so sagt geradezu *L.* 22. *De adim.* (*Pap.*) *Ex parte heres institutus etiam legatum acceperat; eum testator inimicitiis grauissimis persecutus cum testamentum aliud facere instituisset neque perficere potuisset, praeteriit: hereditariae quidem actiones ei non denegabuntur, sed legatum si petat, exceptione doli mali summouebitur.* Noch etwas anders liegt die Sache in *L.* 29. *eod.* (*Paul. Libertus, qui in priore parte testamenti legatum acceperat, et ingratus postea eadem scriptura a testatore appellatus est, commutata uoluntate actionem ex testamento habere non potest*); wo der muthmassliche Wiederruf schon in der ursprünglichen Scriptur stattfand, und daher wohl das Legat, nach Analogie von *L.* 9. §§. 2. 5. *De her. inst.* (vgl. o. S. 379. f.), als der *nuncupatio* ermangelnd, *ipso iure* ungültig scheinen mochte.

e) Wen der Erblasser als sein Kind zum Erben eingesetzt hat, in der gewöhnlichen Gesinnung, dass er ihn nicht einsetzen würde, wenn er nicht sein Kind wäre, der verliert die Erbschaft, wenn es nachher zu Tage kommt, dass er nur ein untergeschobenes Kind für den Erblasser war; und zwar an den Fiscus, wie es wenigstens nach *L.* 4. *C. De her. inst.* (*Gord. a.* 239.) und *L.* 46. *pr. De I. F.* (*Hermog.*) scheinen muss, während indessen in *L.* 1. §. 11. *De Carb.* (*Ulp.*) die Einsetzung ausdrücklich *pro non scripta* behandelt wird (*actiones hereditariae puero denegandae sunt omniaque perinde habenda atque si heres scriptus non fuisset*). Vgl. o. §. 343. S. 389.

f) Wenn der Vater einen seiner Erben oder Legatare sei-

nem Kinde *iure patrio* zum *tutor* ernannt, dieser aber sich von der Tutel excusirt hat, so verliert er das ihm Zugedachte, welches jedoch nicht dem Fiscus verfällt, sondern dem erbenden Kinde oder dem sonstigen Erben verbleibt, also eigentlich *pro non scripto* galt, *L.* 5. §. 2. *h. t. L.* 25. *C. De legat. L.* 28. §. 1. *De excus. L.* 111. *De leg.* 1°. Dieselbe Folge hat solche Excusation, wenn der Tutor (oder Curator) von dem Vater *non iure*, z. B. für einen *emancipatus*, oder von der Mutter oder selbst von einem *Extraneus*, welche ihm das Legat gaben, bezeichnet und vom Prätor bestätigt ist, *L.* 32. *De excus.*; nicht aber, wenn die Mutter oder sonst jemand den von dem Vater oder von einem Andern Bedachten, aber nicht als Vormund Bezeichneten, dem Prätor zum Vormunde vorgeschlagen und dieser ihn darauf (oder auch ohne Vorschlag) ernannt hat, *d. L.* 5. §. 2. ... *hic enim nihil contra iudicium defuncti fecit, rel.*, *d. L.* 32. ... *nam et Praetor, qui eum confirmat tutorem* (nämlich den vom Testator bezeichneten) *defuncti sequitur iudicium*; vgl. *L.* 34. *De excus.* mit *d. L.* 32. *vs. si testamento quidem tutor non sit scriptus, rel.*; denn es ist wesentliche Bedingung, dass Honorirung und Auflage von demselben Testator herkomme, *d. L.* 32. ... *placuit, eum qui recusat id quod testator relinquit, ab eo, quod petit, quod idem dedit, repelli debere.* Auch der Bedachte fällt nicht unter die Regel, welcher, *non iure* im Testament ernannt und bereit zur Übernahme der Tutel, vom Prätor nicht bestätigt worden ist, *L.* 76. §. 6. *De leg.* 2°; wohl aber der, welcher, ohne sich zu excusiren, nur an der Verwaltung sich nicht betheiligen will, sondern die Mitvormünder verwalten lässt. Zwar haftet er subsidiär für diese, aber in solchem Benehmen liegt doch eine Nichtachtung des letzten Willens (*contumacia*), welche der *excusatio* gleichkommt, *L.* 35. *De excus.* (wo auch der wirkliche Vormund als *indignus* erklärt wird, wenn er als *suspectus* entsetzt worden ist, vgl. *L.* 13. *pr. De annuis.* Weiter verliert der Excusirte auch die Vermächtnisse, welche seinen Kindern in *potestate*, ihm zu Ehren, nicht ihnen selbst zu liebe, hinterlassen sind; *L.* 28. *pr. De te. tut.*

Die Regel selbst ist aber keine absolute, sondern enthält lediglich eine *interpretatio voluntatis*, indem man es

als die gewöhnliche Meinung des Erblassers ansieht, die Last der Vormundschaft durch die Ehre und den Vortheil des Vermächtnisses u. dgl. auszugleichen. Im Zweifel wird daher auch diese Meinung vorauszusetzen und die Regel anzuwenden sein; dagegen bleiben Ausnahmen offen, sobald hinreichender Grund zu der Annahme vorliegt, der Wille des Erblassers sei ein anderer gewesen, und dieser habe das Vermächtniss u. dgl. nicht an die Uebernahme der Vormundschaft binden wollen, *d. L.* 32. *v.° Non tamen semper existimo, rel.* Eine solche Ausnahme sollte hier z. B. daran erkannt werden, dass das Legat im Testament gegeben, die Tutel dagegen erst in einem nachherigen Codicill übertragen wäre; allein das wird doch in der gleich folgenden *L.* 33. *eod.* für ein unsicheres Zeichen erklärt, indem der Erblasser, auch wenn er wirklich bei dem Legat die Tutel voraussetze, doch jenes nicht ausdrücklich durch diese zu bedingen (Höflichkeit und Verbindlichkeit des Ausdruckes gilt auch etwas bei letztem Willen), sondern jedes besonders, und bald das eine bald das andere zuerst, anzuordnen pflege (*sed haec nimium scrupulosa sunt nec admittenda*, . . . *semper enim legatum aut antecedit aut sequitur tutelam.*). Wenn zugleich aber dazwischen im Gegensatze statuirt wird, die Regel müsse ohne weiteres gelten, wenn nicht der Erblasser seinen anderweitigen Willen unzweideutig ausgesprochen habe (*nisi euidenter pater expresserit, uelle se dare, etiamsi tutelam non administrauit*), so ist es desswegen bei einem blossen Formalsatze dieser Art doch nicht verblieben, sondern man liess Ausnahmen zu, sobald man an sichern Zeichen den Willen des Erblassers dafür erkannte. So soll nach *L.* 36. *pr. De excus.* der im Testament des Vaters ernannte Tutor, welchem *a filio* ein Legat gegeben, und welcher diesem auch *pupillariter* substituirt war, zwar das Legat, aber nicht die Substitution verlieren, denn *non est uerisimile, tunc demum eum testatorem substituere uoluisse, si et tutelam suscepisset.* Viel weniger soll wegen der Excusation der Sohn sein Erbtheil verlieren, *quem pater impuberi fratri coheredem et tutorem dedit*, *L.* 28. §. 1. *eod.* (*Pap.*). ., *cum iudicium patris ut filius non ut tutor promeruit.* Es war überhaupt, wenn auch möglich, doch weit seltener, dass man jemanden

bloss zur Belohnung für die erwartete Übernahme der Tutel zum Erben einsetzte, als dass man ihm dafür ein Vermächtniss gab; und schon desswegen hätte man aus einzelnen Stellen, die bloss des Vermächtnisses gedenken, nicht den Schluss ziehen sollen, dass die Erbeinsetzung, selbst wenn sie in jenem Sinne wirklich geschehen, durch die Ablehnung der Vormundschaft nicht verwirkt werde, — welchem Schlusse ausserdem auch die obigen und andere Stellen entgegen stehen, (richtig: *v. Vangerow i. l.*). Übrigens wird für die vorliegende Regel in demselben Sinne dem *excusatus a tutela*, und zwar unter ausdrücklicher Erwähnung bez. Einschluss sowohl des Erben als des Legatars, auch der gleichgestellt, welcher die durch den letzten Willen ihm aufgetragene Erziehung abgelehnt hat, *L.* 1. §. 3. *Ubi pup.* (*Ulp. . . si legatarius uel heres educationem recuset tt. sibi iniunctam, denegari ei actiones debere, exemplo tutoris tt. dati; quod ita demum placuit, si idcirco sit relictum: caeterum si esset relicturus etiam si educationem recusaturum sciret, non denegabitur ei actio; et ita D. Seuerus saepissime statuit.*), und auch der, welcher die Bestattung des Testator, der sie ihm übertrug, nicht besorgte, *L.* 12. §. 4. *De relig. Ulp. . . . si ille non fecit* (*funus quem testator elegit*), *nullam esse huius rei poenam, nisi aliquid pro hoc emolumentum ei relictum est; tunc enim, si non paruerit uoluntati defuncti, ab hoc repellitur;* vgl. *L.* 5. *C. h. t.* — Schliesslich behält auch bei Anwendung der vorliegenden Regel jede Verfügung in so weit ihre Gültigkeit, als der Vortheil davon nach dem Willen des Erblassers dem *indignus* nicht verbleiben, sondern fideicommissarisch auf einen Andern übergehen oder sonst diesem zu gute kommen soll; so fällt z. B., wenn dem ernannten Tutor ein Legat gegeben und ausserdem noch ein Sclave behufs seiner Freilassung legirt ist, das erstere Legat unter die Regel, während das zweite in der Befreiung des Sclaven zum Effect kommt, *L.* 41. §. 3. *De fid. lib.;* wobei aber der *indignus*, wenn es sich so trifft, dass er die Freilassung selbst bewirkte, auch alle Vortheile des Patronates verliert, *L.* 3. *De iur. patro.* (*Marcian. . . hunc esse quidem patronum, sed omni commodo patronatus carere*), wo übrigens, verschieden von *d. L.* 41. §. 3., einzig die freizulassende *an-*

cilla legirt war, und daher auch nach Annahme des Legates (was sonst nicht geschieht, *d. L.* 5. §. 2. *h. t.* . . *si consecutus fuerit, non admittitur ad excusationem*) die Excusation als bei Einem, der nichts behält, zugelassen werden konnte.

D. Rechtlich verworfener Wille des Erblassers.

a) Der Tutor, welcher seine Mündel wider das *SC.* (o. §. 204. S. 177.) geheirathet hat, kann aus ihrem Testamente nicht erwerben, wohl aber sie aus dem seinigen, *L.* 128. *De leg.* 1º. Ebenso verhält es sich nach einem Rescripte von *Seuerus* und *Caracalla* bei der wider die *Mandata Principum* (o. *l. l.*) eingegangenen Ehe eines Provincial-Magistrates mit einer Angehörigen der Provinz, *L.* 2. §. 1. f. *h. t.* Und in beiden Fällen tritt der Fiscus ein, und zwar auch da, wo sonst die Caducität cessirt, nämlich wo der Unfähige zum alleinigen Erben eingesetzt ist (*Gai.* II, 144. *Ulp.* XVII, 1. vgl. o. §. 346.), so dass hier erst der Gesichtspunkt der Indignität noch über den der Caducität hinaus sich wirksam zeigt, *d. L.* 2. §. 1. f.; wie denn auch Geschenke unter Lebenden zwischen solchen Ehegatten (*Ulpian i. l.* gedenkt auch noch des *Senator*, der, zuwider der *Lex Iulia* und dem *SC.*, o. *l. l.*, eine *libertina* geheirathet, vgl. *Ulp.* XVI, 2., *si famosam quis uxorem duxerit aut libertinam Senator.*); welche Geschenke zufolge der Ungültigkeit der Ehe gerade *ipso iure* gültig sind, unter dem Gesichtspunkte der Indignität (wohl in demselben Umfange) an den Fiscus eripirt werden, *L.* 32. §. 28. *De do. i. V. et V.* Doch cessirt die Indignität wieder da, wo die rechtliche Missbilligung der ungültigen Ehe sich nicht bis auf die vorhergegangenen Sponsalien erstreckt, wie z. B. bei der *sponsa minor XII. annis in domum quasi mariti deducta*, §. 27. *ib.*

Weiter wird in *L.* 13. *h. t.* (*Pap.*) fiscalische Ereption statuirt für den Fall, da *Maeuius in adulterio Semproniae damnatus eandem Semproniam non damnatam duxit uxorem* (vgl. o. §. 204. S. 178.), und sie dann zur Erbinn eingesetzt hat oder von ihr zum Erben eingesetzt worden ist. Aber erst *L.* 4. *C. De incest. nup.* (*Impp. Valent. Theod. Arcad.*, *a.* 393.) schrieb allgemein vor, dass bei jeder gesetzwidrigen Ehe alles, was ein Ehegatte durch die Liberalität des andern

unter Lebenden oder auf den Todesfall erhalten habe, dem Fiscus vindicirt werden solle, vorbehältlich Irrthum und Jugend, doch auch diess nur unter der Bedingung, dass nach erlangter Aufklärung, bez. Volljährigkeit, die Ehe sogleich aufgegeben worden sei; — wobei gerade das letztere (wenn auch unabsichtlich) darauf hindeuten mag, dass auf Fälle, wo die Ungültigkeit nicht so wohl auf einem positiven Gesetzesverbote, als auf einem natürlichen und zugleich natürlicher Heilung (durch die Zeit) fähigen Hindernisse beruht, wie vorhin aus *L* 32 §. 27. *De do. i. V. et V.* einer angeführt worden ist, die ganze Vorschrift der *L.* 4. *l.* keine Anwendung finden darf.

b) Eine besondere Bewandtniss hat es mit der Vorschrift in *L.* 14. *h. t.* (*Pap. Mulierem, quae stupro cognita in contubernio militis fuit, ... non admitti ad testamentum iure militiae factum, et id, quod relictum est, ad fiscum pertinere, proxime tibi respondi.*) und in *L.* 41. §. 1. *De test. mil.* (*Tryph. Mulier, in quam turpis suspicio cadere potest, nec ex testamento militis aliquid capere potest, ut D. Hadrianus rescripsit.*). Nämlich gewisse ehrlose Frauenzimmer waren von der Ehe mit Freigeborenen ausgeschlossen (o. §. 204. S. 177.), sie sollten aber kraft ausdrücklicher Vorschriften (die vielleicht noch weiter gingen, vgl. *Sueton. in Dom.* 8. *probrosis feminis lecticae usum ademit iusque capiendi legata hereditatesque*) darin keine Entschuldigung gegen die Vermögensnachtheile der Ehelosen finden. Nun war aber das Militär-Testament für seine Bedachten gegen die Beschränkungen der Capacität privilegirt, *Gai.* II, 111. *L.* 5. *C. De te. mil.* Und diess Privilegium gerade sollte laut den angef. St. zum Nachtheile solcher Frauenzimmer, wenn sie in ausserehlichem Geschlechtsverhältniss zu dem Testator standen, cessiren. Vgl. *v. Savigny* Syst. II, S. 558. Da aber im Justinianeischen Rechte sowohl die frühere Lehre von der Infamie (o. §. 15.) als auch die Capacitätsbeschränkungen für *caelibes* und *orbi*, mithin auch die Privilegien dagegen, so wie die Ausnahmen davon, ihre Geltung verloren haben, so scheint für die beiden angef. Stellen keine Anwendung mehr übrig geblieben zu sein, und man darf gewiss nicht als geltenden Überrest den ungleich weiter gehenden Satz aufstel-

len, dass jedes Frauenzimmer, welches mit dem Testator (*miles* oder *paganus*) in unerlaubtem ausserehlichen Geschlechtsverhältniss gestanden, alles ihr Zugewandte als *indigna* an den Fiscus verliere, *v. Vangerow* Pand. §. 565., oder dass überhaupt die vorliegende Bestimmung aus der Lehre von der Capacität jetzt in die von der Indignität zu übertragen sei, *v. Savigny* a. a. O.

c) Wer mittelst heimlichen Fideicommisses es über sich nimmt, einem *incapax* ein Vermächtniss zu leisten, der verliert durch fiscalische Ereption alles das, was ihm der Erblasser zur Deckung dieser Obliegenheit zugewendet hat, auch die Falcidische Quart, so weit ihm solcher Abzug bei offenem Vermächtniss zu gute gekommen wäre, ebenso das *ius accrescendi*, so weit er sein Erbtheil verloren hat, und das *ius caduca uindicandi*, *Ulp.* XXV, 17. *LL.* 11. 23. *h. t.* *L.* 83. *De A. v. O. H.*, *L.* 59. §. 1. *Ad L. Falc.* (*SC. Plancianum* und *Rescriptum D. Pii*), *L.* 49. *De I. F.* (*rescriptum Imp. Antonini*). Dagegen hindert der Verlust der Erbschaft *e primis tabulis* nicht den Erwerb *e pupillaribus*, selbst dann nicht, wenn dieser an die Erbenqualität *e primis* geknüpft ist, indem letztere durch die Ereption nicht untergeht, *L.* 43. §. 3. *De uulg.* Auch das Prälegat bleibt dem Erben, welcher nur sein Erbtheil mit einem *tacitum fideicommissum* hat belasten lassen, und zwar ganz, obgleich er jenes, so weit seine Erbquote reicht, *hereditario* nicht *legati iure* inne hat, *L.* 18. §. 2. *h. t.* (*Pap.* . . . *neque enim rationem iuris ac possessionis uarietatem inducere diuisionem uoluntatis*, vgl. *L.* 15. §. 1. *De SC. Sil.*) Bei der Ereption steht dem Fiscus ein dingliches Recht auf die Sachen zu, welche unter dieselbe fallen, *L.* 43. *De I. F.*, und die gültigen Verfügungen des letzten Willens, welche auf dem eripirten Erbtheil oder Vermächtnisse haften, müssen auch von dem Fiscus respectirt werden, *L.* 3. §. 4. *eod.* Die Ereption ergreift auch die Früchte und andere Zubehör, *L.* 17. §. 2. *De usuris*, und zwar auch die *ante motam controuersiam* gezogenen Früchte, da der *indignus* nicht als *bonae fidei possessor* im Sinne des *SC. Iuuentianum*, *L.* 20. §. 6. *De H. P.*, angesehen wird, *L.* 18. *pr. h. t.* *L.* 46. *De H. P.*, vgl. *L.* 1. *C. h. t.* Von den *ante motam controuersiam* verkauften Früchten muss er den Erlös und Zinsen davon

seit dem Zeitpunkte der *mota controuersia* gewähren, auch spätern Erlös von Früchten und Zinsen davon, wogegen er die Früchte, welche er selbst verbrauchte, ohne Zinsen zu vergüten hat. So sagt *Papinian l. l.*, doch, fügt er hinzu, nach einem milden Decrete von *D. Seuerus* seien bloss die Früchte oder ihr Werth, ohne weitern Unterschied, aber keine Zinsen davon, zu erstatten, — *quo iure utimur*. Vgl. aber auch *d. L.* 1. *C. h. t.* — Was den eigentlichen Begriff des *tacitum fideicommissum in fraudem iuris* anlangt, so besteht das entscheidende Merkmal darin, dass die Zuwendung an den *incapax* (für einen *capax* darf man *tacite* fideicommittiren, *L.* 1. *C. De delatoribus*.) aus einem Testament oder Codicill nicht zu ersehen ist, sondern zwischen Erblasser und Fiduciar im Stillen abgemacht war, mit oder ohne ein weiteres, mündliches oder schriftliches, Versprechen des Fiduciars an den Fideicommissar, *L.* 10. *pr. h. t.* (*Gai.*) *In fraudem iuris fidem accommodat qui uel id, quod relinquitur, uel aliud tacite promittit restituturum se ei personae, quae legibus ex testamento capere prohibetur; siue chirographum eo nomine dederit, siue nuda pollicitatione repromiserit. L.* 103. *De leg.* 1° (*Iul.*) *In tacitis fideicommissis fraus legi fieri uidetur, quoties quis neque testamento neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione uel chirographo obligaret se ad praestandum fideicommissum ei, qui capere non potest;* vgl. *L.* 3. *pr. De I. F.* (*Callistr.* nach *Iul.*), i. w. St. auch der Grad von Bestimmtheit erörtert wird, mit welcher das Vermächtniss aus dem letztwilligen Acte ersichtlich sein müsse, um als *palam datum* gelten zu können, und zwar dahin, dass, von der vorgedachten Bestimmung *Iulian*'s (*d. L.* 103.) ausgegangen, selbst die blosse Äusserung im Testament *Vos rogo, ut in eo, quod a uobis petii, fidem praestetis, perque Deum, ut faciatis, rogo*, dazu genügen soll. Damit nahmen es aber andere Juristen strenger, indem sie es nicht für ausreichend hielten, dass der letztwillige Act nur so gleichsam einen Faden zur Entdeckung des fraglichen Fideicommisses an die Hand gebe, sondern dessen volle Angabe *in quali et quanto* verlangten; so schon *Marcellus* in *L.* 123. §. 1. *De leg.* 1°, welcher den Ausspruch im Testamente: *Caio Seio illud et illud heres meus dato, et te rogo, Sei,*

fideique tuae mando, uti ea omnia, quae s. s. s., reddas sine ulla mora; ei redde res ipse, — für ungenügend zu einem *palam datum* desswegen erklärt, *cum perinde incertum sit cui prospectum uoluerit;* und vollends *Paullus* in *L.*40. *De I. F. Ita fidei heredis commisit: rogo fundum Titio des de quo te rogaui; si Titius capere non possit, non euitabit heres poenam taciti fideicommissi; non enim est palam relinquere, quod ex testamento sciri non potest cum recitatum est; quemadmodum nec ille palam dat qui ita scribit: rogo uos, heredes, in eo, quod a uobis petii, fidem praestetis* (gegen *d. L.*3.). *Immo in priore specie maiorem fraudem excogitasse uidetur qui non tantum legem circumuenire uoluit, sed etiam interpretationem legis, quae circa tacitum fideicommissum habetur* (vgl. *d. L.* 103.)*; quamuis enim fundum nominauerit, non tamen cognosci potest, de quo sit rogatus heres, cum diuersitas rerum obscurum faciat legatum.* Man warf sogar die Frage auf, ob die Strafe des *tacitum fideicommissum* eintrete, wenn der Auftrag in beider Art ertheilt war, *L.*3.§.1. *De I. F.* (*palam et tacite rogatus*, bei welchem letztern hier ohne Zweifel an die sehr gangbare Veranlassung eines directen Versprechens des Fiduciars gegen den Fideicommissar von Seite des Erblassers, welche auch zum *rogare* gehört, zu denken ist), und es erging dessfalls ein Rescript von *Hadrian*, welches entschied, *in eo, quod cuiusque fidei palam commissum est, non esse existimandum fidem suam in fraudem legis accommodasse.* — War der Fideicommissar zur Zeit der *tacita rogatio incapax*, beim Tode des Erblassers dagegen *capax*, so soll der tadellose Ausgang die unrechtliche Absicht vergessen machen, §.2. *ib.*: . . *exitum esse spectandum* (*non consilium*), wogegen im umgekehrten Falle die tadellose Absicht zwar natürlich dem *incapax* nicht das Fideicommiss verschaffen kann, aber doch der Gegenstand desselben nicht dem Fiscus verfällt, sondern dem Fiduciar verbleibt, es wäre denn freilich, dass bei Übernahme des Fideicommisses der mögliche Fall künftiger Imcapacität vorgesehen und auch auf diesen hin die Entrichtung zugesagt worden wäre, *L.*10.§.1. *h. t.* u. *d. L.*3.§.2. — Wenn der Inhaber der *potestas* die *tacita fides filii uel serui* gewährt, so soll

dass diesen Personen, falls sie das Zugewandte selbst erwerben, um ihres schuldigen Gehorsams willen, nicht zum Nachtheil gereichen, *L.* 10. §. 2. *h. t.* *L.* 13. *Ad L. Falc.* Und wenn der Patron auf seine Notherben-Portion ein *fideicommissum tacitum* übernimmt, so wird darin keine *fraus* gefunden, *quia de suo largitur, L.* 40. §. 1. *De I. F.*

Das *fideicommissum tacitum* galt für eines der gefährlichsten Mittel zur Umgehung der Capacitätsgesetze, theils zufolge seines Geheimnisses überhaupt, theils weil die hoffnungslose letztwillige Verfügung dabei sich so leicht in ein ganz rechtsförmliches Geschäft unter Lebenden (nämlich zwischen dem Fiduciar und Fideicommissar) durch Veranstaltung des Erblassers einkleiden liess. Nicht allein warf sich daher ein Verdacht auf solche Geschäfte und die sie bekundenden *cautiones* und *chirographa*, und benutzte man alle andern Inzichten, an welchen ein *fideicommissum tacitum* zu erkennen war, *L.* 3. §. 3. *De I. F.*, so dass mitunter vor Uebertreibung zu warnen war, wie z. B. *L.* 25. *pr. h. t.* (*Pap.*) erinnert, man dürfe aus der Einsetzung des Schwiegervaters zum Erben von Seite des Ehemannes nicht sogleich auf ein *tacitum fideicommissum* zu Gunsten der Frau schliessen: — sondern Gesetzgebung und Praxis bemühten sich auch, das sichere Zutrauen der betheiligten Personen zu einander zu stören, die Bewahrung des Geheimnisses zu gefährden und das getäuschte Zutrauen preiszugeben. Dahin gehört vorerst das *Edictum D. Traiani*, welches vorschrieb, dass wer als *incapax* die Sache bereits besitze, wenn er davon selbst bei dem Ärar die erste Anzeige mache, zur Belohnung die Hälfte behalten und nur die Hälfte abgeben dürfe, *L.* 13. *pr. De I. F.*, welchem bald ein weiteres Edict desselben Kaisers nachfolgte, dahin gehend, dass, wenn eine Frau bei dem Ärar angebe, was ihr als *incapax palam* oder *tacite* hinterlassen sei, und den Anspruch des Fiscus darauf nachweise, ihr zum Lohne, wenn sie es auch noch nicht besessen habe, die Hälfte dessen, was davon dem Ärar eingebracht worden, verabreicht werden solle, §. 1. *ib.* *L.* 15. §. 3. *L.* 16. *eod.*, und zwar ohne Rücksicht auf den Grund der Incapacität, §. 2. *d. L.* 13., nur muss die Anzeige etwas betreffen, was noch verborgen ist, nicht was der Fiscus schon hat, §. 3. *ib.* Seit

einem Rescript von *Hadrian* sollte die Belohnung auch den Erben dessen, der sich angezeigt hat, zu Theil werden, §.4. *ib.*, ja nach einer *Epistola Hadriani* gewinnt sie der Erbe auch durch seine eigne Anzeige, wenn nur der Erblasser selbst die Anzeige beabsichtigt hatte, und einzig durch den Tod an der Ausführung dieser Absicht gehindert worden war, widrigenfalls dem Erben nur das gemeine *praemium delatoris* gebührt, §.5. *ib.*, welche Voraussetzung auch ein *rescriptum D. Fratrum* bestätigte, §.6. *ib.* Wenn vor Eröffnung des Testamentes der Fiduciar, nach der Eröffnung der Fideicommissar die Anzeige macht, so wird nach einer Verfügung von *D. Antoninus* der letztere zugelassen, weil er sein eignes Recht preisgibt und nicht ein fremdes gefährdet §.7. *ib.* (vgl. *L.* 1. *C. De his q. se defer.*). Wer nicht als *incapax*, sondern als *indignus* mit dem Verluste des ihm Zugewandten bedroht ist, z. B. wegen angestellter *querela inofficiosi* oder *falsi accusatio* (o. S. 393. ff.), der kann sich durch Anzeige das *praemium D. Traiani* nicht verdienen, §. 9. *ib.* *L.*5.§.20. *h. t.* Dagegen wird Anzeige und Belohnung dadurch nicht ausgeschlossen, dass das ganze Vermögen des Fiduciars an den Fiscus gefallen ist, *L.* 42. *pr. De I. F.* Wenn aber der Fideicommissar, nachdem er die Anzeige gemacht, bei dem Fiscal-Verfahren, in Folge eines Abkommens mit dem Fiduciar, abhanden gegangen ist und zu Gunsten desselben Contumaz-Urtheil hat ergehen lassen, so verliert er nicht bloss das *praemium*, sondern soll nach einem *SC.* so viel an das Ärar bezahlen, als demselben bei erfolgreicher Durchführung des Processes verblieben wäre, vorbehältlich auch von dem Fiduciar, falls er bei der Arglist sich betheiligt hat, so viel zu Handen des Ärars einzuziehen, als er an dasselbe in solchem Falle zu leisten gehabt haben würde, *L.* 42. § 1. vgl. *L.* 15. §. 4. *eod.* Wenn aber ein *capax* sich irrthümlich als *incapax* angegeben hat, so soll ihm das nicht schaden, *L.* 13. §. 10. *eod.* (*D. Hadrianus et D. Pius et Fratres rescripserunt*). — Übrigens wird die Hälfte, welche dem Fideicommissar für seine Anzeige zukommt, nicht von allem dem berechnet, was in Folge dieser Anzeige dem Fiscus zufällt, sondern nur von dem, was der Anzeiger haben würde, wenn sein Fideicommiss bei Kräften bliebe, so dass z. B. in dem

Falle, wo das *tacitum fideicommissum* dem Erben die Restitution der ganzen Erbschaft auflegt, der Fiscus erst die *quarta Falcidia* des Erben allein nimmt, und dem Fideicommissar bloss die Hälfte der übrigen drei Viertheile verabfolgt, *L.* 49. *eod.* vgl. *d. L.* 59. §. 1. *Ad L. Falc.*

Sodann findet aber neben der Begünstigung des Fideicommissars, welcher den Fiduciar verräth, auch noch eine gewisse rechtliche Ungunst gegen diesen statt, wenn er mit seiner unter Lebenden ausgestellten *cautio* zu Gunsten des erstern etwa von dem Testator so oder anders im Stiche gelassen wird, und man ist im Zweifel geneigt, Nachtheil und Gefahr, die ihm von dieser Seite drohen, ihm als selbstverschuldete Folge seiner Arglist ohne Schonung auf dem Halse zu lassen. Das zeigt sich z. B. in dem Falle der *L.* 48. *pr. De I. F.* (*Paul.*). *Florus* setzte den *Pompeius* zu einem Theile zum Erben ein, und gab ihm dabei ein Grundstück und eine Summe Geldes als Prälegat, indem er ihn davon in Kenntniss setzte und durch stilles Fideicommiss in Pflicht nahm, diese beiden prälegirten Gegenstände einem *incapax* zu restituiren, und ihn zugleich veranlasste, sich hiezu gegen diesen durch eine ausgestellte Schuldurkunde zu verpflichten. Später machte er ein anderes Testament, in welchem er wieder *Pompeius* und *Faustinus* zu Erben einsetzte, aber dem erstern jenes zwiefache Prälegat nicht gab. Nach dem Tode des Erblassers zeigte sich der *incapax* bei dem Fiscus an. Dieser fordert von *Pompeius* das Grundstück und die Geldsumme als den Gegenstand des stillen Fideicommisses. — laut Verschreibung; *Pompeius* verweigert die Leistung, weil die Weglassung des Prälegates aus dem zweiten Testament zeige, dass das Fideicommiss nicht länger im Willen des Erblassers gelegen habe (das wird sonst gar nicht etwa um der *cautio* willen für unerheblich gehalten, *L.* 37. §. 1. *De leg.* 3°.): auf Anfrage des *Procurator fisci* rescribiren die Kaiser, die Willensänderung bedürfe noch des Beweises (vgl. i. A. *L.* 3. *De prob.*); darauf wird *Pompeius* fiscalisch verurtheilt, das Grundstück und die Summe Geldes zu leisten: er will es auf Rechnung und aus der gesammten Erbschaft thun, denn wenn jetzt die Willensänderung des Erblassers hinsichtlich des Fideicommisses rechtskräftig verworfen sei, so

könne sie auch hinsichtlich der geschehenen Zuwendung der Leistungsmittel an den Belasteten nicht angenommen werden. Es ergeht der Bescheid, für solche Zuwendung wäre ein Prälegat erforderlich, ein solches aber könne aus dem ersten, rumpirten Testamente nicht hergeleitet werden und finde sich im zweiten, wo es repetirt sein müsste, nicht vor. Aus welchem allem sich in schliesslicher Erwägung, dass das Fideicommiss so wenig wie das Prälegat aus dem Testamente abzuleiten sei, dagegen die von *Pompeius* dem Fideicommissar *inter uiuos* ausgestellte *cautio* in voller Kraft, jetzt natürlich zu Gunsten des Fiscus, bestehe, von selbst das Endurtheil dahin ergab, dass *Pompeius* das fragliche Grundstück und die Summe Geldes, laut Verschreibung, allein und ohne Mitleidenschaft des andern Erben, *Faustinus*, an den Fiscus auszurichten habe: — alles in der stillschweigenden Meinung, dass der Fideicommissar seine Hälfte als *praemium delationis* sich bei dem Fiscus holen möge, *L.* 15. §. 3. *L.* 13. §. 1. *De I. F.*

Das sind die verschiedenen Fälle der Indignität mit den ihnen eigenthümlichen Regeln, wie sich diese in der classischen Zeit ausgebildet haben.

Nicht hieher gehören dagegen die Sätze, dass der Patron, welcher gegen den *libertus* eine Capitalanklage erhoben hatte, von der *bonorum possessio contra tabulas* wie von der *legitima hereditas* ausgeschlossen werde, *L.* 9. §. 1. *L.* 10. *L.* 17. *De iur. patro.* *L.* 3. §. 9. *L.* 14. *L.* 51. *De bo. lib.*, vgl. o. §. 254. S. 231., und dass die Mutter, wenn sie die Pflicht versäumt, für ihr unmündiges oder wahnsinniges Kind einen Vormund zu erbitten, ihr Intestaterbrecht bei demselben verliere, *L.* 2. §. 1. f. *L* 4. *Qui petant.* *LL.* 8. 11. *C. eod.* *L.* 2. §. 23. ff. bes. §. 47. *Ad SC. Tert.* *L.* 3. *C. eod.* *L.* 2. *C. De adu. delic*, — welcher Nachtheil sie nach *L.* 6. *C. eod.* (*Theod. et Valent. a.* 439.), wenn das Kind unmündig stirbt, und zwar sowohl für Pupillar-Substitution als Intestaterbrecht auch dann treffen soll, wenn sie nach Uebernahme der Tutel zur weitern Ehe schreitet, ehe sie einen andern Vormund erbeten und ihren Rechnungssaldo erlegt hat; wie denn gleichzeitig durch *L.* 10. *C. De leg. her.* alle Intestaterben von beiderlei Beerbung des Unmündigen ausgeschlossen werden, wenn sie die

zeitige Erbittung eines Vormundes für denselben versäumt haben. Das sind alles nicht eigentliche Indignitätsfälle, indem die fraglichen Erben eintretenden Falles einfach als nicht vorhanden angesehen werden, *d.* §. 47.

Eher schliessen sich an die aufgezählten Indignitätsfälle, und zwar unter obiger *litt. A.* (Vergehungen gegen den Erblasser) noch folgende Bestimmungen spätester Zeit an:

1. Wenn der Erblasser wahnsinnig verstorben ist, nachdem er in diesem Zustande von einem Dritten in sein Haus aufgenommen und bis zu seinem Ende verpflegt, von seinen Präsumtiv-Intestat- oder Testaments-Erben aber, ungeachtet einer von jenem Dritten an sie gerichteten Aufforderung, vernachlässigt worden war: so soll die Erbschaft solchen Erben als *indignis* zu Gunsten des Verpflegers, wer dieser auch sein möge, entzogen werden, unter Aufrechthaltung der etwaigen anderweitigen Testamentsbestimmungen, N. 115. c. 3. §. 12. u. c. 4. §. 6.

2. In gleichem Sinne soll jede Erbschaft an die Kirche der Gemeinde, aus welcher der Erblasser stammt (*ecclesiae civitatis, ex qua oritur*) fallen, wenn der Erblasser in Kriegsgefangenschaft verstorben ist, nachdem die Präsumtiv-Intestat- oder Testamentserben den Loskauf versäumt hatten, und soll solcher Erwerb der Kirche nur zu anderweitigem Loskauf verwendet werden. Doch trifft dieser Nachtheil nur solche Erben, welche das achtzehnte Lebensjahr zurückgelegt haben, N. 115. c. 3. §. 13. u. c. 4. §. 7.

3. Die N. 1. c. 1. verordnet: Wenn ein Testamentserbe nach dem Erwerb seines Erbtheils, ungeachtet einer durch gerichtliches Decret erhaltenen Mahnung, ein ganzes Jahr lang die Erfüllung der ihm an Vermächtnissen u. dgl. gemachten Auflagen verzögert, so soll er alles verlieren, was ihm durch den letzten Willen, über einen ihm etwa gebührenden Pflichttheil hinaus, zugewendet ist; und zwar zunächst zu Gunsten der Miterben, welchen das ihm Entgehende *pro portione hereditaria* anwächs't, in Ermangelung solcher dem Universal-Fideicommissar, unter mehrern je dem grössten, dann je dem grössten Vermächtnissnehmer, oder bei gleicher Grösse allen, dann den Freigelassenen des Testamentes, je dem zuerst genannten, so dass allen diesen Personen die wirkliche

Antretung der Erbschaft, eventuell hinter einander, eröffnet wird, jedoch unter Caution für richtige Erfüllung der Auflagen. Gleicher Weise wird in Ermangelung aller vorgedachten Personen den Intestat-Erben, dann jedem beliebigen Dritten und endlich dem Fiscus der Erwerb solcher abfälligen Erbportion eröffnet. Allen genannten Personen soll aber der *substitutus* des verlüstigen Erben vorgehen, §. 3. *ib.*, die *exheredati* dagegen in keinem Falle zugelassen werden, §. 4. *ib.* Und was von dem Erben, welcher seinen Auflagen kein Genüge leistet, gilt, das soll auch von jedem Vermächtnissnehmer, mit Inbegriff des Donatars von Todes wegen, gelten, der gleiches verschuldet, *pr.* §. 4. *ib.* — Und durch c. 4 *ib.* wird noch weiter bestimmt, dass auch durch eintretenden Process über das Vermächtniss u. dgl. die Jahresfrist nicht erstreckt werde, vielmehr innerhalb derselben der Process erledigt sein solle; dass Unmündige und Minderjährige gegen die durch diess Gesetz angedrohten Nachtheile, ohne dass zu ihren Gunsten eine Ausnahme statuirt werde, durch die Regeln der *in integrum restitutio* und der Verantwortlichkeit ihrer Vormünder hinreichend gedeckt seien; dass aber für die *patroni* als Notherben überall keine Ausnahme, in Vergleichung mit andern Notherben, gelten; und dass endlich diess Gesetz ohne Unterschied zwischen schriftlichem und mündlichem letzten Willen und ohne alles Ansehen der Person (*in omni persona, siue priuata siue militari siue sacerdotali siue imperiali siue alterius cuiuslibet*) seine Anwendung finden solle.

4. Noch findet sich in N. 22. c. 47. die Bestimmung, dass, wenn ein Geschwister dem andern nach dem Leben getrachtet oder gegen dasselbe Criminalanklage erhoben oder es am Vermögen geschädigt habe (*substantiae ei properauit inferre iacturam*), es von dessen Intestaterbfolge zu Gunsten der übrigen Geschwister und der miterbenden Mutter ausgeschlossen sein solle. Doch greift hier schon wieder eher das Platz, was o. S. 414. über die Fälle der versäumten Erbittung eines Vormundes u. dgl. gesagt worden ist.

II. Gemeinsam für obige ordentliche Fälle von Indignität und *ereptoria* ist folgendes zu bemerken:

1. In Folge der Ereption wird das Erbrecht des *indignus* seines practischen Erfolges zu Vortheil und Nachtheil entleert, das Eigenthum an den Erbschaftssachen verschwindet, die Verfügungen über solches zerfallen auch rückwärts für die Zeit vor der Ereption, *L.* 47. §. 5. *De adm. tut.*, und dem Fiscus u. dgl. stehen auch für das Einzelne die dinglichen Klagen zu, *L.* 43. *De I. F.* Forderungen und Schulden werden dem *indignus* fremd, *L.* 18. §. 1. *h. t.*, auch von den ihm aufgelegten Vermächtnissen wird er frei, es wäre denn, dass der Fiscus die Erbschaft nicht agnoscirte (o. §. 296. S. 277.), oder dass er gegen diesen sein Recht arglistig preisgegeben oder selbst einen *delator* vorgeschoben hätte, *L.* 50. §. 2. *De leg.* 1° Dem *indignus* bleibt überhaupt das *nudum nomen heredis*, *L.* 43. §. 3. *De uulg. et pup.*, nur dass ihm die Schonung und Rücksicht nicht zu Theil wird, welche bei freiwilligem *abstinere* dem Erben die *In integrum restitutio* confundirter Forderungen und Servituten verschafft, *L.* 8. *L.* 18. §. 1. *h. t.* *L.* 29. §. 1. f. *De I. F.*, *L.* 21. §. 1. *De SC. Sil.* Doch bleiben dem Erben auch nach der Ereption die *iura sepulcrorum* zufolge ihres mehr persönlichen als ökonomischen Charakters, *L.* 33. *De relig.*, vgl. *L.* 6. *pr. eod.* *L.* 42. §. 1. *Ad SC. Treb.* Im Übrigen richtet der Fiscus gleich den Schulden auch die Vermächtnisse aus, und der übrige Theil des letzten Willens soll überhaupt nicht unter der Ereption leiden, so weit das nur irgend vermieden werden kann, *L.* 9. *De SC. Sil.* *L.* 3. §. 4. *L.* 14. *De I. F.*, *L.* 50. §. 2. *De leg.* 1° *L.* 5. §. 4. *h. t.* (*Si seruum suum rogatus sit manumittere qui legatum meruit, uel etiam ipsi seruo utrumque datum sit, dicendum est, non debere obesse seruo factum domini, sed a fisco redimendum, ut manumittatur; si tamen uelit seruum uendere: quia non potest cogi qui iudicium spreuit defuncti.*) *L.* 12. §. 2. *De fid. lib.*

2. Die Ereption findet auch gegen den Erben des *indignus* statt, *L.* 26. vgl. *L.* 12. *De L. Cor. de fal.* *L.* 22. *De SC. Sil.*, und der *indignus* kann sich durch die Anzeige seines Indignitätsfalles nicht wie ein *incapax* das *praemium D. Traiani* verdienen, *L.* 5. §. 20. *h. t.* *L.* 13. §. 9. *De I. F.* (o. S. 412.)

3. Während gültige Vermächtnisse, wenn der Bedachte vor dem Erblasser starb, *in caussa caduci* waren, *L. un.* §. 2. *C.*

De cad. toll., so sollen dagegen die nach dem Obigen (*litt.* D., S. 406. ff.) unerlaubten, gleich sonst ungültigen, *pro non scriptis* gehalten werden, *L.* 25. §. 1. *h. t.* (*Pap.* nach *Claudius* zu *Scaeuola*) .. *si uiuo testatore decesserit is, cui illicite legatum relictum erat, non fisco hoc uindicatur, sed apud eum, a quo relictum est, remanet.*

4. Was die Gesetze für die Fälle des *tacitum fideicommissum* und der versäumten *uindicta defuncti* (o. *litt.* A, *b.* S. 391. und *litt.* D, *c.*), betreffend die Restitution der Früchte, Zinsen und aller Zubehör bestimmen, das wird auch auf die übrigen Fälle eigentlicher *ereptoria* analoge Anwendung finden müssen.

5. In einzelnen Anwendungen scheint man zwischen dem Gesichtspunkte der Incapacität mit Caducität und dem der Indignität mit Ereption geschwankt zu haben, so namentlich bei den verbotenen Ehen (o. *litt.* D, *a.*), *d. L.* 128. *De leg.* 1º *d. L.* 2. §. 1. f. *h. t.* (*Marcian*) u. *Ulp.* XVI, 2., und bei den unehelichen Verhältnissen mit *famosae*, (o. *litt.* D, *b.*), *d. L.* 14. *h. t. d. L.* 41. §. 1. *De te. mil.* Wo aber der Gesichtspunkt der Indignität wirklich festgehalten wurde, da scheint diese, wenigstens zur classischen Zeit, nur auf bereits erworbene Erbschaften und Vermächtnisse Anwendung gefunden zu haben, so dass sie also ohne Folge geblieben wäre, wenn der *indignus* das ihm Zugewandte ausgeschlagen hätte: während dagegen die Caducität schon auf die blosse Delation hin Platz griff. Dieser Divergenzpunkt wird jedoch nirgends erwähnt. Vgl. aber *Puchta* u. *Arndts* *i. l.*

Indem *Iustinian* die Caducität gegen *caelibes* und *orbi* aufhob, bestätigte er zugleich auf's neue die hergebrachte Lehre von der Indignität, *L. un.* §. 12. *De cad. toll.* *Quae autem antiquis legibus dicta sunt de his, quae ut indignis auferuntur, et nos simili modo intacta seruamus, siue in nostrum fiscum siue in alias personas perueniant:* — natürlich mit Ausnahme derjenigen *ereptoria*, welche selbst durch Caducität bedingt waren, wie o. *litt.* D, *c.*

Ueber die ganze Lehre vgl. *Mayer* Erb-R. §. 140. ff. *Goeschen* Pand. §. 976. ff. 1057. ff. *Puchta* Pand. u. Vorles. §. 558. ff. *Rudorff* Grundr. d. G. C. R. §. 92. *v. Vangerow* Pand. §. 565. *Arndts* Pand. §§. 520. 557.

Nachtrag zu §. 310. a. E.

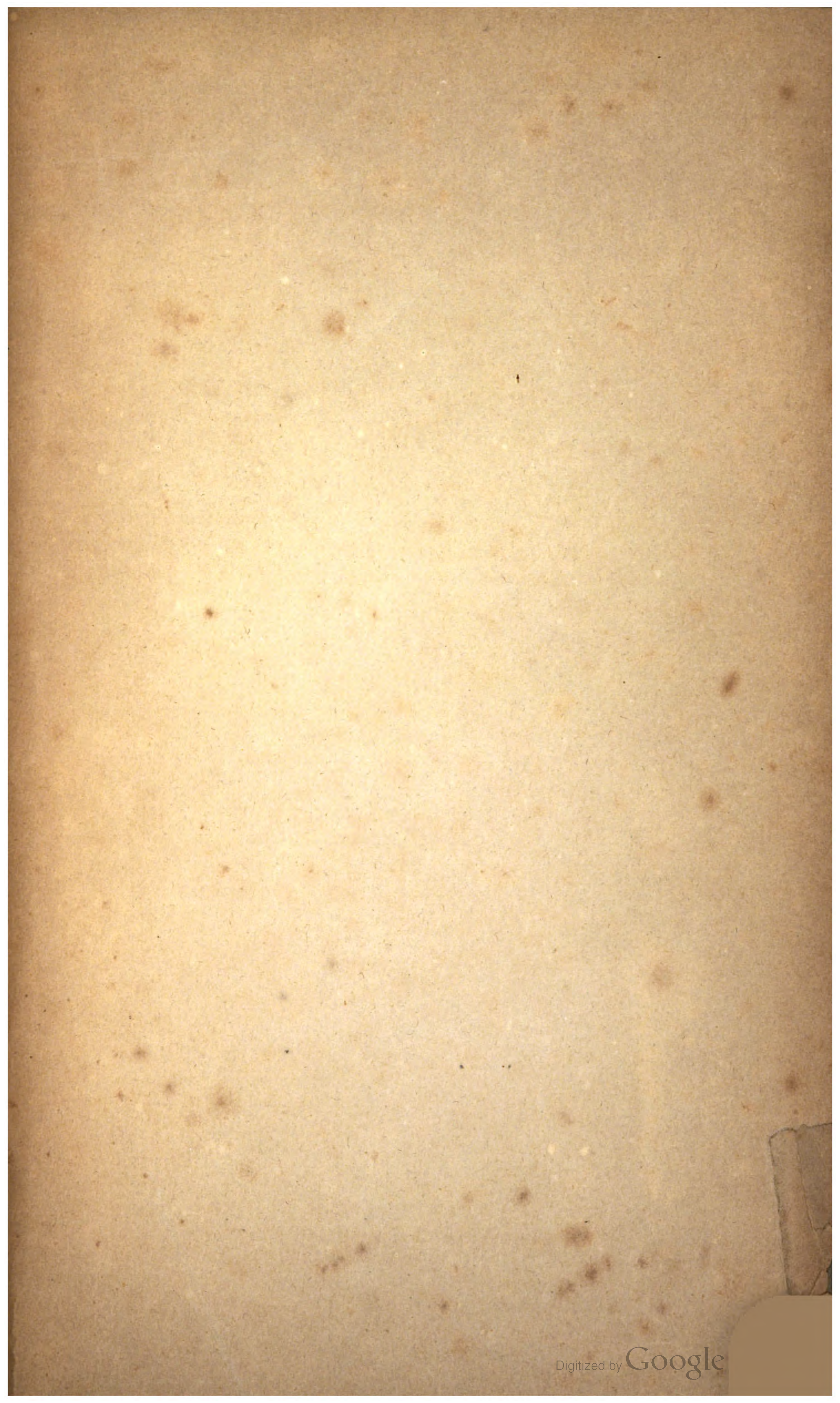
Indem *Iustinian* durch *L. pen. C. De his qui. ut ind.* (*a.* 531.) das *SC. Silanianum* und die dazu ergangene obgedachte Constitution (*D. Marci oratio, quae circa id facta est*) belobt und bekräftigt, findet er für nöthig, eine Lücke, welche diese gelassen habe, auszufüllen und eine daherige Controverse der Alten betreffend die im Testamente eines Ermordeten verordneten *libertates* zu entscheiden. Während nämlich die in solchem Testamente mit der Freiheit Bedachten, wenn ihnen nach dem Tode des Erblassers Vortheile zufielen, diese in gewöhnlichen Fällen sogleich hätten erwerben können, so werden sie nun in Folge der Verzögerung, welche die Ermordung nach sich ziehe, um diese gefährdet. Damit aber diese Zwischenzeit ihnen nicht zum Schaden gereiche, namentlich auch nicht für den Fall, da Sclavinnen, mit der Freiheit bedacht, während derselben Kinder geboren hätten, so solle hinfort jene *oratio D. Marci* nicht allein für Erbschaft und gewöhnliche Vermächtnisse, sondern auch für alle *libertates* gelten, so dass den mit der Freiheit Bedachten, wenn nachher die Erbschaft angetreten wird, als schon in der Zwischenzeit frei und also ihre zwischen dem Tode des Erblassers und der Antretung der Erbschaft gebornen Kinder als *ingenui* und erbfähige Kinder ihrer Mutter angesehen werden sollen.

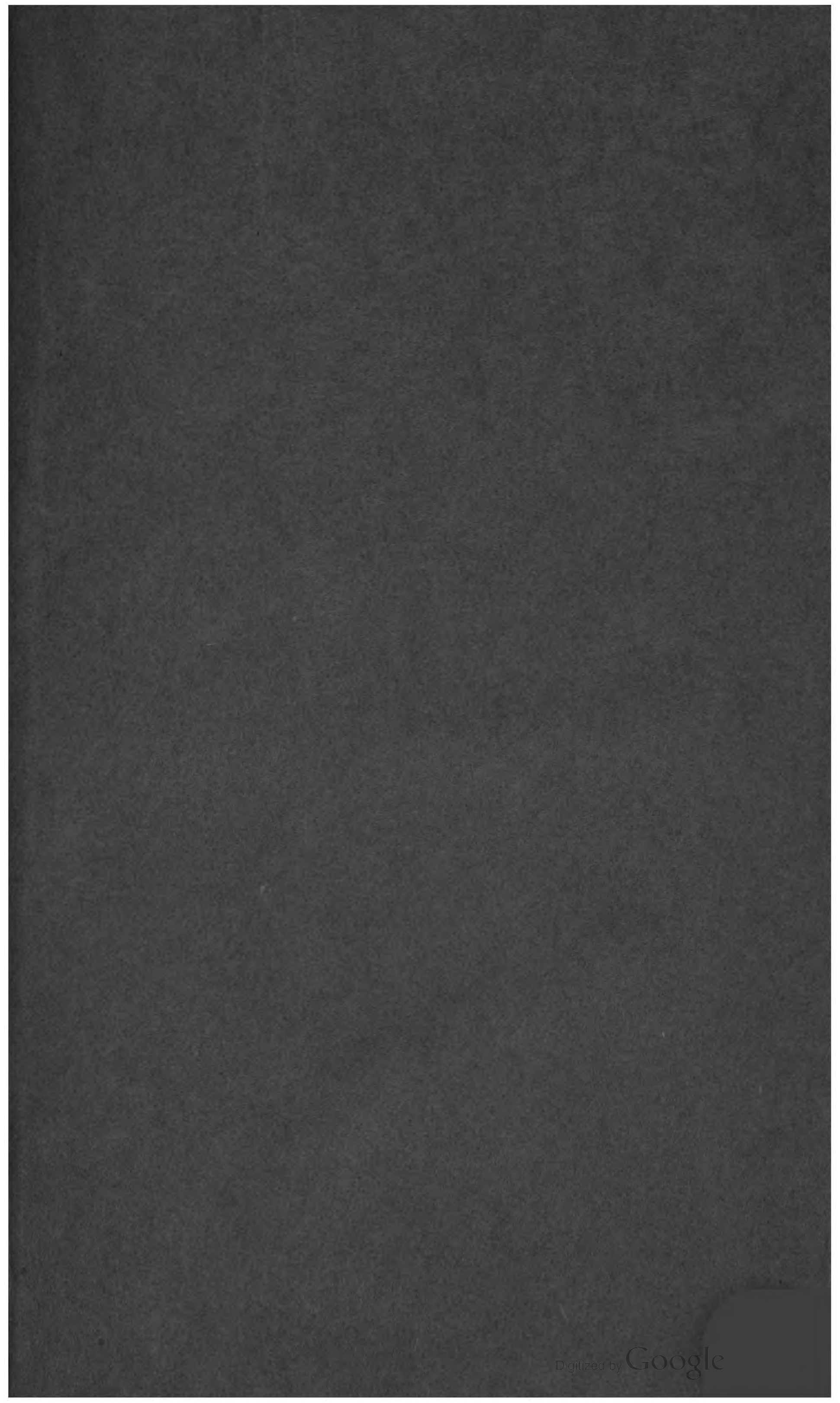
Druckfehler.

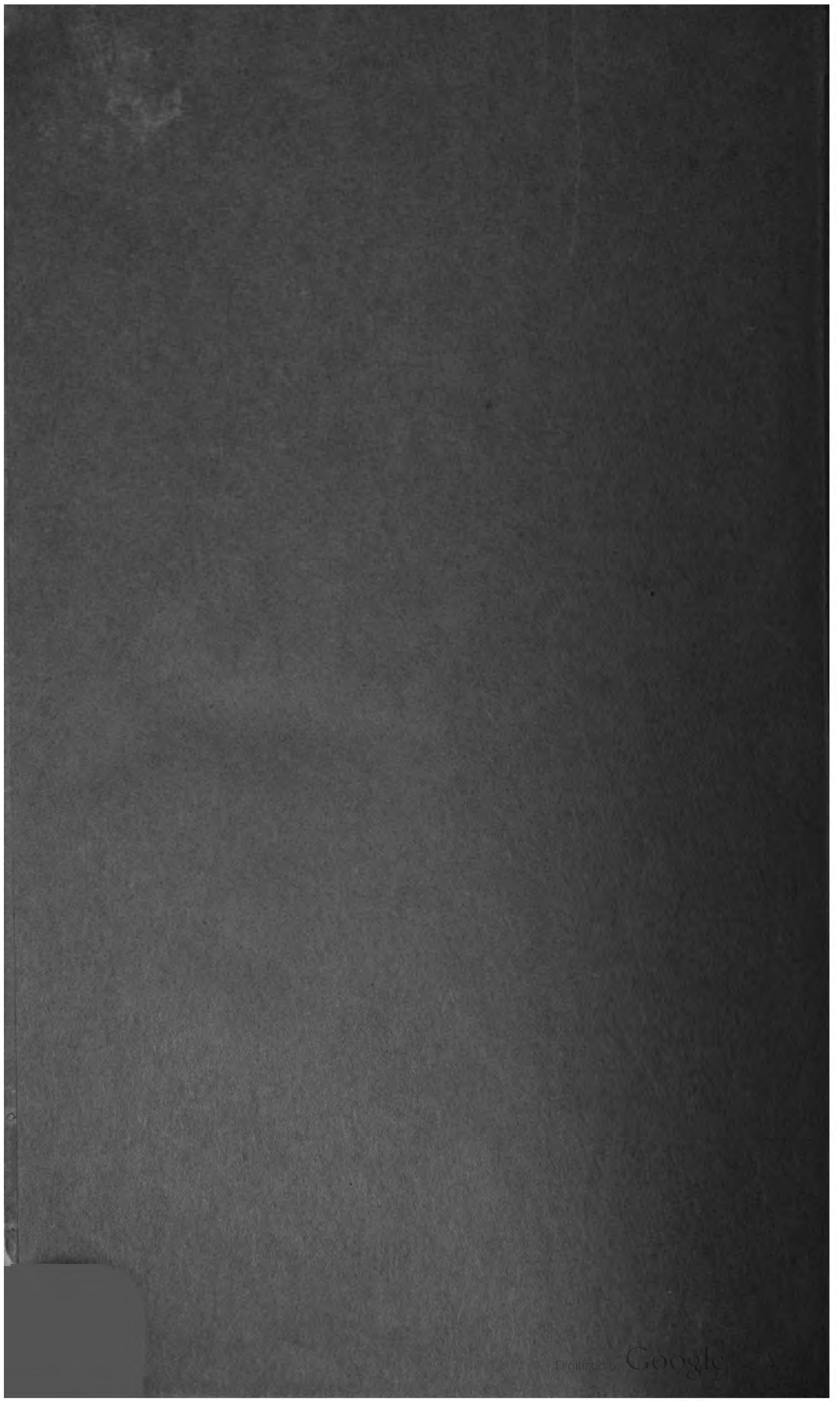
Auf S. 82. nach Z. 3. ist zu ergänzen:

A. u. 407. wurde der Zinsfuss auf *semunciarium foenus* herabgesetzt, wieder im Zusammenhange mit Bestimmungen betreffend die bestehenden Schulden und deren Capital selbst, *Liv.* VII, 27. *Tac. A. l. l.*

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin.






Digitized by Google

